

LE DROIT
DES
OBLIGATIONS

PAR

M. DE SAVIGNY
Professeur à l'université de Berlin, membre de l'Institut de France

TRADUIT DE L'ALLEMAND ET ACCOMPAGNÉ DE NOTES

PAR MM.

C. GÉRARDIN
Professeur de droit romain à la Faculté de droit de Paris.

Paul JOZON
Député à l'Assemblée nationale, avocat à la Cour de cassation.

DEUXIÈME ÉDITION
Revue, corrigée et augmentée.

TOME SECOND.



PARIS
ERNEST THORIN, ÉDITEUR
Libraire du Collége de France et de l'Ecole normale supérieure
7, RUE DE MÉDICIS, 7

1873

For Tx
S

5/13/39
Sweet + Maxwell

LE DROIT

DES

OBLIGATIONS

CHAPITRE PREMIER

(SUITE)

NATURE DES OBLIGATIONS

§ 40.

IV. OBJET DE L'OBLIGATION. PRESTATIONS DÉTERMINÉES ET INDÉTERMINÉES. — ARGENT [1]. IDÉE ET ESPÈCES.

D. Argent.

Le problème que nous abordons en ce moment se

1 Le mot *Geld*, que nous traduisons ici par *argent*, signifie proprement et plus exactement *monnaie*. Mais il est bien des cas où cette dernière expression, peu usitée dans le langage juridique, ne saurait être employée, notamment pour rendre les mots composés, comme le mot *Geldschuld* (dette d'argent). C'est pourquoi nous avons cru devoir n'adopter la traduction *monnaie* que dans les passages où le mot *Geld* est pris dans un sens économique plutôt que juridique.

pose ordinairement de la manière suivante. Quand un prêt est contracté, et qu'ensuite il survient quelque changement dans la valeur de l'argent, comment devra se faire le remboursement? — Cette question présente beaucoup d'importance dans certains cas ; elle mérite incontestablement une solution ; seulement il est impossible de la résoudre d'une manière satisfaisante, en la considérant à un point de vue aussi spécial. Pour arriver à une solution satisfaisante, il nous faut remonter à cette question plus générale : Quelle est l'étendue véritable d'une dette d'argent? Cette question nous amène à celle encore plus générale de l'idée de l'argent.

AUTEURS.

Hufeland, Staatswirthschaftskunst (Théorie de l'économie politique) partie 2. Giessen, 1813.

J. G. Hoffmann, die Lehre von Gelde (la théorie de l'argent), Berlin, 1838 (*a*).

— — die Zeichen der Zeit im deutschen Münzwesen (l'esprit de l'époque sur le système monétaire allemand). Berlin, 1841.

J. Helferich, von den periodischen Schwankungen im Werth der edlen Metalle (des fluctuations périodiques dans la valeur des métaux précieux). Nuremberg, 1843, 8.

Chr. Noback et **F. Noback**, Taschenbuch der Münz-Maass-und Gewichts-Verhaeltnisse (Manuel des rapports de la monnaie, des mesures et des poids). Leipzig, 1850. 8 [1].

(*a*) Je citerai cet ouvrage par le nom seul de l'auteur, le suivant par son titre original.

[1] Ajoutez : M. Michel Chevalier, professeur d'économie

L'idée d'argent doit se rattacher à l'idée de richesse, déjà développée par nous en un autre endroit, en tant que puissance ou domination, admise par le droit privé, d'une certaine personne sur des portions du monde extérieur (propriété et ses modifications ; droit sur les actes d'autrui) (b). Cette puissance apparaît tout d'abord comme quelque chose de varié et de multiple ; mais on peut la concevoir aussi comme quelque chose d'homogène, comme une simple quantité, qui représente alors l'idée abstraite de la richesse. Cette conception artificielle de la richesse se détermine et se réalise par l'argent, considéré comme mesure générale de toutes les valeurs. L'argent joue ici un double rôle.

L'argent joue d'abord le rôle d'un simple instrument, destiné à mesurer la valeur des éléments isolés de la richesse. Dans ce rôle, l'argent se place sur la même ligne que les autres instruments de mesurage, tels que l'aune, le boisseau, la livre, qui servent pareillement à mesurer la valeur, en ce sens que trois livres d'une marchandise ont

(b) Savigny, Système, t. 1, § 53, 56, p. 338-340 p. 376 (p. 332-334, p. 371 trad.).

politique au Collége de France, *De la monnaie*, Paris, 1830. (Cet ouvrage forme le troisième volume de son cours d'économie politique.)

exactement une valeur triple d'une seule livre de la même marchandise. Seulement ce ne sont là que des mesures purement relatives ; car elles se bornent à comparer la valeur de quantités d'une seule et même espèce, tandis que l'argent sert de mesure absolue, et peut, par conséquent, être pris comme terme de comparaison, pour la valeur des objets les plus divers.

Mais l'argent joue encore un second rôle plus important ; il renferme en lui la valeur qu'il mesure, et représente ainsi en valeur toutes les autres richesses. Aussi la propriété de l'argent confère-t-elle la même puissance que celle que peuvent conférer les richesses qu'il sert à mesurer. Dans cette fonction, l'argent figure comme un moyen abstrait de convertir toutes les richesses en simples quantités. L'argent procure donc à son propriétaire une puissance générale, susceptible de s'étendre à toutes les choses qui sont l'objet des libres transactions privées, et c'est dans sa deuxième fonction qu'il joue ce rôle de conférer par lui-même cette puissance, tout en figurant à côté des autres richesses particulières, et en produisant les mêmes droits et la même efficacité que celles-ci. Cette puissance inhérente à l'argent a même ceci de particulier, qu'elle s'exerce abstraction faite des capacités et des besoins individuels,

et procure, par conséquent, à chacun et en toutes circonstances, une utilité identique (*c*).

Demandons-nous maintenant comment il se fait qu'une certaine classe de choses puisse avoir cette propriété qui tient presque du prodige, d'être susceptible de conférer une pareille puissance à son propriétaire, et de réduire en même temps la richesse elle-même en une masse homogène, dans laquelle cette richesse n'apparaît plus que comme une simple quantité. Cela ne peut être que le résultat d'un accord universel sur la valeur de l'argent, par conséquent d'une croyance générale, qui porte chacun à recevoir avec empressement l'argent pour sa valeur, parce qu'il sait que toute autre personne sera prête à le recevoir de lui pour cette même valeur (*d*).

(*c*) *L.* 1 *pr. de contr. emt.* (18, 1) (est transcrite au § 44 comme n° II). — Hoffmann, p. 1-12. Dans son excellente exposition sur la nature générale de l'argent, je ne trouve à critiquer qu'un point d'une légère importance : c'est l'expression un peu trop restreinte, que l'argent confère le pouvoir d'acheter. Il nous donne aussi le pouvoir de louer une maison ou une ferme, d'acquérir en le prêtant le droit de réclamer des intérêts, de profiter du travail d'autrui, etc. Si l'expression : acheter doit s'appliquer à toutes ces extensions de notre puissance personnelle, cela n'est possible qu'en prenant le mot au figuré. — Si on veut indiquer cette puissance par une expression brève et simple, il paraîtrait convenable de s'arrêter à celle que j'emploie : puissance de la richesse. Si dans des cas particuliers on rencontre des restrictions individuelles, comme par exemple pour l'acquisition des biens nobles, etc., cela tient à ce que certains droits n'appartiennent pas exclusivement au droit privé (dont l'objet est la richesse), mais en partie aussi au droit public.

(*d*) Sur ce caractère fondamental de l'argent, cf. Hoffmann, p. 12 ; Rau, Politische Œconomie, t. 1, § 62, 127, 257 ; Hufeland, § 95, 98, 100, 113, 145.

Cette entente générale ne prendra jamais une extension très-développée dans un Etat tout entier, à plus forte raison dans plusieurs Etats en même temps, sans une intervention supérieure, qui est celle de l'autorité publique. Cette observation pourrait inspirer l'idée que l'Etat produit et crée la monnaie par ses lois, et qu'il peut procéder à sa volonté dans le choix de la substance, aussi bien que dans la fixation de la valeur.

Mais une semblable opinion serait absolument fausse et ne pourrait, si on s'y laissait entraîner, produire que des conséquences pernicieuses. Et d'abord le commerce de l'argent dépasse, de beaucoup, dans son développement toujours croissant, les limites d'un Etat isolé, en dedans desquelles cependant se restreint la puissance et l'influence de l'autorité publique qui gouverne cet Etat. Et même, dans un Etat isolé, le gouvernement est impuissant à imposer la croyance que nous indiquions plus haut, et sur laquelle seule repose la véritable puissance de la monnaie. Bien plus, l'influence du gouvernement se réduit à celle d'un simple intermédiaire; la création de la monnaie n'a pour but que d'assurer, autant que possible, sa sincérité, et le succès de cette création dépend du choix des moyens propres à faire naître la confiance générale. Il est possible que cette confiance

fasse complétement défaut (ce qui arrive néanmoins difficilement); alors, malgré la tentative de l'Etat, il n'y a point de monnaie de produite; cette confiance peut aussi (ce qui arrivera plus souvent) faire défaut en partie; alors la production de la monnaie a lieu seulement dans une mesure plus restreinte que celle qui avait été prévue. On peut exprimer cette distinction en disant que l'activité du gouvernement ne crée de l'argent que quand et en tant que l'opinion publique le reconnaît comme tel: ou, en d'autres termes, l'opinion publique décide non-seulement le point de savoir si quelque chose est de l'argent, mais encore à quel degré ce quelque chose jouit de cette propriété.

Le choix de la substance qui doit servir de monnaie présente une importance toute particulière. A une époque encore peu avancée en civilisation, on a employé pour servir de monnaie des substances diverses, telles que les fourrures, les coquillages, le sel gemme, le cacao, etc. (*e*). A une époque plus avancée, ou acquit bien vite la conviction que le métal était de toutes les substances celle qui réunissait les propriétés désirables dans une

(*e*) Fichte a, comme on sait, proposé la monnaie de cuir pour l'organisation commerciale toute particulière imaginée par lui.

monnaie. Certains peuples de l'antiquité, tels que les Italiens, commencèrent à employer, en effet, comme tel le métal qu'ils travaillaient pour en faire des armes, des statues, des ustensiles domestiques, des instruments aratoires, métal qui avait alors une grande valeur. Ainsi, les Romains notamment employaient à ce double but un métal nommé *æs*, qui était bien exactement ce que nous appelons du bronze; car il était composé de cuivre avec un léger mélange d'étain et de plomb, pour en rendre le travail plus facile (*f*). Mais aussitôt que le commerce eut pris un essor un peu plus grand, les deux métaux précieux, l'argent et l'or, furent choisis comme base du système monétaire (*g*), et cet état de choses s'est maintenu depuis à travers tous les siècles et chez tous les peuples qui sont en relations les uns avec les autres (*h*).

(*f*) La preuve pour les armes et les ustensiles résulte des recherches chimiques de Klaproth Chemische Abhandlungen (Dissertations chimiques), t. 6. Berlin, 1815, p. 81-88), pour l'argent, de celles de Goebel (Einflusz der Chemie auf die Ermittelung der Voelker der Vorzeit (Influence de la chimie sur les relations des peuples de l'antiquité), Erlangen, 1842, 8, p. 29, cité par Mommsen, über das Roemische Münzwesen (sur le système monétaire romain, Leipzig, 1850, p. 252). — Cela n'est pas en contradiction avec le dire de Klaproth, p. 33 à 35, qui estime qu'il y avait deux espèces de monnaies romaines, rouges et jaunes, les premières de cuivre pur, les secondes de cuivre et de zinc (c'est-à-dire de cuivre jaune); car Klaproth dit formellement qu'il a fait ces analyses uniquement sur des monnaies de l'empire.

(*g*) A Rome la monnaie d'argent fut introduite comme monnaie courante en l'année 485 de la fondation de la ville, par suite des relations croissantes avec l'Italie du sud et la Grèce.

(*h*) Le platine n'a été employé,

Le choix qu'on avait précisément fait de ces substances pour en former la base du système monétaire, n'était pas le résultat du hasard ou d'un simple caprice, mais il dérivait de leurs propriétés [1], qui sont les suivantes. D'abord, elles sont, comme tous les métaux, facilement susceptibles de se fractionner et de se concentrer en masses plus volumineuses, en sorte qu'on peut toujours être sûr d'avoir à sa disposition, en les employant, des quantités d'une substance homogène qui soient pures de tout mélange. Mais ce qui leur donne une supériorité toute spéciale, c'est leur malléabilité très-grande, c'est leur tendance très-faible à s'oxyder, c'est aussi parce qu'on ne peut les acquérir et les obtenir à l'état de pureté qu'au moyen d'une grande dépense de temps et de forces; c'est ce qui fait que le prix en est non-seulement plus élevé que celui des autres métaux, mais encore plus indépendant des ressources naturelles qu'offrent les différents pays (i).

Les métaux précieux ont par eux-mêmes une

comme monnaie, qu'à titre d'essai en Russie [2] mais jamais il n'est entré dans le commerce du monde.

(i) Hoffmann, p. 12; Rau, Politische Œconomie, t. 1, § 262. t. 2, § 250.

[1] Voy. l'excellente démonstration de ce point, donnée par M. Michel Chevalier (*De la monnaie*, section I, ch. II, p. 7 à 21).

[2] Voy. le récit de cette tentative infructueuse dans M. Michel Chevalier (*l. c.*, section IV, ch. III, p. 173 et 174).

certaine valeur comme marchandises de commerce, indépendamment de leur emploi comme monnaie, et, dans les affaires, il s'établit inévitablement un rapport déterminé entre la valeur d'une certaine quantité (poids) de métaux précieux et la valeur des autres richesses. Ce rapport n'a pas en lui-même d'importance, et il n'est ni nécessaire ni possible de le commander. La transformation de ces métaux en monnaie consiste donc en ce que, sous la direction du gouvernement, on en sépare des parties, plus grosses ou plus petites, qu'on munit ordinairement d'un signe propre à indiquer le poids de métal précieux qu'elles renferment. L'intervention que nous venons de décrire s'effectue très-facilement: car, pour faire naître la confiance indispensable dont nous avons parlé, il suffit de ce fait unique, que chaque pièce de monnaie contienne, en réalité, le poids indiqué sur cette pièce. D'un autre côté, cette confiance ne peut être ébranlée que par la circonstance que les pièces de monnaie, par déloyauté ou négligence dans leur fabrication, ne renferment pas le poids de métal précieux que certifie leur empreinte; ce qui se présente surtout lorsque, dans le cours du temps, on apporte un changement secret dans la fabrication des monnaies. — La nature de l'empreinte ne présente pas d'ailleurs d'importance, quand elle

est généralement connue et indiquée bien clairement. Elle peut s'effectuer en se référant simplement à quelque monnaie de compte, qui a cours dans le pays et dont on connaît d'ailleurs le rapport avec le poids du métal (*k*), ou même en indiquant immédiatement le poids du métal précieux contenu dans la pièce de monnaie (*l*)[1].

Une difficulté spéciale naît de ce fait que deux métaux précieux employés concurremment comme monnaies, alors que le rapport qui existe entre le prix de ces métaux comme marchandises, est soumis à de perpétuelles variations (*m*). Aussi faut-il

(*k*) Ainsi, par exemple, souvent sur les Zwanziger le simple nombre 20, c'est-à-dire 20 Kreutzer de ce titre de monnaie, dans lequel 1 florin (60 Kreutzer) renferme la vingtième partie d'un marc d'argent. — « 3 einem Thaler » sur les pièces prussiennes de dix Silbergroschen. — De même : « 12 einem Thaler, 2 1/2 Silbergroschen, » sur les pièces prussiennes représentant un douzième de l'unité [2].

(*l*) Ainsi sur les thalers prussiens : « XIV eine feine mark. » — Sur les pièces prussiennes de cinq Silbergroschen : « 84 eine feine mark. » — Mais très-souvent aussi on trouve les indications des deux genres l'une à côté de l'autre (notes *k*, *l*).

(*m*) Hoffmann, p. 90, 93.

[1] Jean-Baptiste Say nous semble, non sans motifs, partisan de ce système (*Cours d'économie politique*, partie III, ch. X I, tit. II, p, 412 de la 2e édition).

[2] L'unité monétaire la plus répandue en Allemagne est le florin (Gulden), qui varie suivant les divers Etats. Les deux florins les plus en usage sont : celui d'Autriche, qui vaut 2 fr. 60 c., et celui de Bavière, qui vaut 2 fr. 15 c. Le florin se subdivise en 3 Zwanziger et 60 Kreutzer.

En Prusse, l'unité est le Thaler, qui vaut 3 fr. 75 c. et se subdivise en 30 Silbergroschen.

L'opinion publique en Allemagne se préocupe vivement de la nécessité de ramener toutes les monnaies à un seul type. Plusieurs systèmes ingénieux ont été présentés dans ces derniers temps pour résoudre la question graduellement sans trop de frais et de complications.

prendre l'un d'eux pour base du système monétaire, l'autre ne devant, à côté de ce premier métal, occuper qu'un rang secondaire[1]. La préférence a été le plus souvent accordée à l'argent qui, notamment en Allemagne, depuis le seizième siècle, constitue presque sans exception la base du système monétaire. En Angleterre, on a, à une époque très-récente, commencé à prendre l'or pour base du système tout entier (*n*). — En Allemagne on a admis de tout temps, à côté de la monnaie d'argent, deux monnaies d'or originaires du pays : dans les pays de florins, les ducats (spécialement en Autriche) ; dans les pays de thalers, les pistoles, d'une valeur nominale de cinq thalers, avec des dénominations diverses sui-

Rau, t. 1, § 277, t 2, § 250. — Pour savoir quelle secousse rapide et violente les nouvelles découvertes de Californie imprimeront au rapport des prix en vigueur jusqu'alors, il faut encore attendre[2].

(*n*) Hoffmann, p. 94. Jadis le florin d'or, venu d'Italie, dominait en grande partie en Allemagne. La ville de Brême a jusqu'à nos jours, employé la monnaie d'or.

[1] M. Michel Chevalier enseigne le contraire, et tente de justifier sur ce point la pratique suivie en France (*De la monnaie*, section IV, ch. III, p. 162 à 177).

[2] Voyez sur ce point le remarquable ouvrage de M. Michel Chevalier : *De la baisse probable de l'or et de ses conséquences*, etc... Nous croyons cependant que l'auteur a exagéré ces conséquences, et surtout que l'or ne baissera pas aussi rapidement qu'il paraît le croire. L'emploi de l'or, dans les arts et dans l'industrie, va croissant tous les jours, et nous semble de nature à en maintenir la valeur pendant longtemps encore, malgré les quantités considérables extraites des mines nouvellement découvertes. M. Michel Chevalier nous paraît tenir trop de compte de l'augmentation de la production de l'or, et pas assez de l'augmentation presque correspondante de sa consommation.

vant chaque pays (frédéric d'or, auguste d'or, etc.). — Pour obvier aux fluctuations mentionnées plus haut du prix de l'or, qui n'était autrefois admis que très-difficilement, il s'est établi depuis longtemps et très-généralement un change (agio) sur sa conversion en monnaie d'argent; seulement le taux en est variable suivant les lieux. Pour les frédérics d'or de Prusse, il est fixé dans les caisses publiques, et le plus souvent cette fixation est observée dans les relations entre particuliers, à 13 $^{1}/_{3}$ pour cent, par conséquent à deux tiers d'un thaler au-dessus de la valeur nominale de cinq thalers en monnaie d'argent.

Quand dans un pays il s'est introduit un système monétaire bien déterminé, et quand il inspire une grande confiance, il peut alors arriver qu'à côté de cette monnaie véritable, faite avec de l'argent ou de l'or, on voie se créer encore une *monnaie* simplement *symbolique*. Ce fait peut se présenter de deux manières et dans deux buts différents.

On peut d'abord user de ce moyen pour augmenter, sans transformer en monnaie une plus grande quantité d'or et d'argent, la masse de la monnaie considérée comme intermédiaire destiné à faciliter le commerce. On y arrive par la création du *papier-monnaie*, qui ne joue le rôle

de monnaie véritable qu'en tant qu'il sert à désigner un certain nombre arbitraire de thalers, de florins, etc., et que la mesure part de l'initiative du gouvernement. Ici nous remarquons l'absence complète de la base mentionnée plus haut, sur laquelle repose la confiance du public, et qui consiste dans la valeur du métal comme marchandise. Le papier offert comme monnaie n'a pas en lui-même la moindre valeur; la foi qu'on y ajoute ne peut donc se fonder exclusivement que sur la confiance qu'on a dans le gouvernement. Les circonstances suivantes peuvent servir à fortifier cette confiance : la limitation de la quantité de papier-monnaie dans une mesure convenable, qui se règle par les exigences actuelles de la circulation monétaire ; l'admission du papier-monnaie dans les caisses publiques ; mais surtout et principalement une certaine combinaison qui fait qu'à chaque instant on peut échanger facilement et sûrement le papier contre de la monnaie métallique.

Le but poursuivi et atteint au moyen du papier-monnaie consiste dans deux avantages distincts l'un de l'autre. L'exiguïté de sa dimension et la légèreté de son poids permettent aux particuliers de transporter plus commodément et plus facilement, d'expédier et de mettre en réserve des som-

mes plus considérables que celles qui consisteraient en numéraire. L'Etat en retire le même avantage que s'il avait emprunté sans intérêts une somme aussi considérable; car il gagne les intérêts de cette somme, qu'il a émise sous la forme de papier-monnaie.

Le papier-monnaie réunit en lui un double caractère. D'un côté il est destiné à servir de monnaie véritable, et il remplit en effet le même but que celle-ci, et même très-commodément et très-avantageusement, tant qu'on observe d'une manière prudente et scrupuleuse les conditions que nous avons indiquées plus haut. D'un autre côté, il revêt le caractère d'une dette publique, véritable et proprement dite, mais d'une dette qui ne porte pas d'intérêts (*o*).

Mais on peut aussi créer une monnaie symbolique dans un tout autre but, pour veiller d'une façon spéciale aux besoins du petit commerce de chaque jour qui se fait dans les marchés, en prenant des mesures autres que celles qu'on organise dans des vues analogues pour les transactions monétaires plus étendues. Comme les valeurs monétaires d'argent trop faibles ne sont pas com-

(*o*) Ordonnance prussienne du 17 janvier 1820, § 18 (G. S. Collection des lois, 1820, p. 15). Ordre du cabinet du 21 décembre 1824 (G. S., 1824, p. 238). — Rau, t. 2, § 265, t. 3, § 487.

modes à mettre en circulation, il était nécessaire pour le petit commerce de trouver un procédé qui permît la division et l'appoint, procédé qui se réalise par la monnaie d'appoint (par opposition à la monnaie courante). Elle consiste d'abord dans de la monnaie de cuivre, qui pourrait sans doute aussi avoir par elle-même une valeur comme marchandise de commerce, mais à laquelle on attribue sous sa forme de monnaie (surtout à cause des frais relativement très-élevés qu'exige la fabrication) une valeur si disproportionnée, que la valeur du métal passe inaperçue, en sorte qu'on peut, aussi bien que le papier-monnaie, la considérer simplement comme une monnaie symbolique.

En suivant cette voie, on est même encore arrivé à un intermédiaire entre la monnaie d'argent (monnaie courante) et la monnaie de cuivre (monnaie d'appoint). On a frappé une petite monnaie d'argent en y ajoutant du cuivre en quantité prédominante (billon); elle ne peut servir que de monnaie d'appoint et ne peut pas être imposée pour le paiement des sommes qui peuvent se former avec des pièces ayant un volume plus considérable [1]. D'un autre côté, ces pièces ont une

[1] Il en est de même en France. V. un décret du 18 août 1810 (Codes Tripier, sous l'art. 1243, p. 174).

valeur métallique véritable à cause de l'argent qu'elles contiennent. Toutefois cette valeur est plus faible que celle qu'elles représentent comme monnaie, en sorte que l'Etat fait aussi sur elles un bénéfice analogue au gain qu'il réalise sur le papier-monnaie et sur la monnaie de cuivre, sauf qu'ici il est un peu moins élevé. Ces pièces tiennent donc le milieu entre la monnaie véritable et la simple monnaie symbolique; elles sont de la monnaie véritable, en tant qu'elles contiennent effectivement de l'argent, et de la monnaie de convention, en tant qu'elles renferment moins d'argent qu'elles ne devraient en contenir d'après leur valeur nominale. Le gain que l'Etat réalise sur elles ne nuit à personne tant que la somme totale de la monnaie d'appoint est restreinte dans de justes limites, c'est-à-dire tant qu'on n'en frappe que dans la mesure qui est nécessaire pour satisfaire aux transactions monétaires d'une très-faible importance. Si on dépasse cette limite, la monnaie d'appoint produit des conséquences funestes analogues à celles d'une augmentation abusive du papier-monnaie. — Les expériences qu'on a faites sur ce point dans le royaume de Prusse, mettent en évidence les effets différents du procédé, suivant qu'il est bien ou mal appliqué.

La Prusse, dans la seconde moitié du dix-huitième siècle, a frappé en billon de la monnaie d'appoint qui consistait en groschen et en demi-groschen ($^1/_{24}$ et $^1/_{48}$ du thaler); ces pièces devaient renfermer légalement deux tiers de leur valeur nominale en argent. Le bénéfice réalisé sur elles conduisit à un procédé peu régulier, celui d'augmenter outre mesure le nombre de ces monnaies, si bien qu'à la fin il y en eut en circulation pour plus de quarante millions de thalers. Malgré cela, elles se maintinrent longtemps à leur valeur nominale complète; une grande partie du commerce intérieur, et notamment presque tout le commerce de grains, se faisait avec cette monnaie. Après les malheurs de la guerre de 1806, ces monnaies revinrent subitement des pays voisins et des provinces détachées dans le territoire qui avait été laissé à la Prusse, et leur cours s'abaissa rapidement, au grand désarroi de tout le commerce. En même temps, on s'apercevait qu'elles contenaient en moyenne non pas les $^2/_3$ adoptés à l'origine, mais seulement les $^4/_7$ de leur valeur nominale en argent. L'incertitude règne sur le point de savoir pour quelle part il faut faire entrer dans cette différence (qui n'est pas très-importante) une fabrication vicieuse, l'usure du métal et un mélange de fausse mon-

naie, qui s'opéra graduellement. Ce qui est certain, c'est que ces funestes conséquences ont été considérablement augmentées par des faux-monnayeurs nombreux et actifs. Ces monnaies ont donc été d'abord réduites légalement aux $^2/_3$, puis aux $^4/_7$ de leur valeur nominale; et enfin il n'y eut plus d'autre moyen que de les retirer à ce prix et de les fondre, ce qui ne put se faire sans un grand sacrifice de la part de l'Etat, et après que les particuliers eurent, eux aussi, éprouvé des pertes considérables (*p*). A ces mesures regrettables venait s'ajouter encore une décision arbitraire de la législation, qui forçait tout créancier à recevoir le paiement de ses créances dans cette monnaie prise à sa valeur nominale ; cela n'avait lieu toutefois que pour des dettes très-faibles;

(*p*) Hoffmann, p. 68, 78, 79. — J'ai vu moi-même comment à Berlin on faisait en grande partie le commerce avec ces groschen, renfermés dans des rouleaux de papier de dix thalers (240 groschen), qu'on attachait ensemble, et qu'on ne comptait pas, mais qu'on pesait. Pour les amis de l'antiquité romaine, il y avait un charme tout particulier à voir de leurs propres yeux les affaires de chaque jour se traiter ici *per æs et libram*, et non pas avec une balance symbolique, comme du temps des anciens jurisconsultes, mais tout à fait sérieusement, comme à l'époque romaine la plus reculée. — J'ai cité cet exemple, parce qu'il m'est très-exactement connu. Mais il ne faut pas croire que les autres Etats allemands aient été exempts de ces égarements et de leurs conséquences. Il en était absolument de même dans l'Allemagne du sud avec les pièces de six kreutzer ; peut-être même pis encore, surtout parce qu'on laissa le mal continuer et s'accroître considérablement pendant un temps de longue paix et de prospérité. A cette époque, une spéculation financière du gouvernement de Cobourg acquit une bien triste renommée, tant à cause de la vaste extension qu'il donna à l'opération, qu'à cause du préjudice qu'il causa à dessein aux pays voisins.

pour celles qui atteignaient dix thalers, l'obligation existait pour toute la dette; pour celles qui allaient à trente thalers, jusqu'à concurrence de la moitié (*q*).

Mais la législation nouvelle de la Prusse sur les monnaies a suivi un système tout différent. La menue monnaie de billon est formée actuellement de pièces de $^1/_{12}$, $^1/_{30}$, $^1/_{60}$ de thaler. Chacune d'elles renferme $^7/_8$ de sa valeur nominale en pur argent. On ne frappe plus de pièces de ce genre que le nombre exigé par les nécessités du petit commerce. Le créancier n'est obligé de les recevoir que pour des paiements inférieurs à $^1/_6$ de thaler : au delà, il peut exiger le paiement en monnaie courante (*r*). Ainsi, on a, par des précautions efficaces, empêché le retour de tous les abus et de leurs funestes conséquences.

Des développements dans lesquels nous sommes entrés jusqu'à présent, il ressort que l'opposition qui existe entre la monnaie réelle et la monnaie symbolique ne concorde pas parfaitement avec celle qui sépare la monnaie de métal et le papier-monnaie; mais que la monnaie d'appoint tient le

(*q*) Allgemeine Landrecht (Droit national général), I, 11, § 57, § 780, I, 16, § 77.

(*r*) Loi du 30 septembre 1821, § 7 à 11 (G. S., Collection des lois, 1821, p. 160), Loi du 28 juin 1843 (G. S., p. 255).

milieu entre les deux ; elle est de la monnaie de métal, et cependant il faut la considérer, tantôt en totalité, tantôt en partie, comme une monnaie symbolique.

En partie pour compléter nos développements, en partie pour rendre plus claires les recherches qui vont suivre, il est nécessaire d'indiquer ce que signifie le titre des monnaies et les applications les plus importantes de ce titre en Allemagne.

Par titre d'une monnaie d'un pays, à une époque donnée, on entend le poids de métal précieux que doit renfermer chaque pièce frappée et il faut appliquer ce principe à la monnaie type ; c'est donc le poids d'argent lorsque l'étalon monétaire est l'argent, et le poids d'or lorsque l'étalon monétaire est l'or.

En Allemagne, on a pris de tout temps pour base dans les monnaies d'argent le marc de Cologne d'argent pur (marc fin).

A peu près depuis le milieu du dix-huitième siècle, la situation de la plus grande partie de l'Allemagne a été la suivante (s).

(s) Dans une partie du nord-ouest de l'Allemagne il s'est main-

Deux monnaies types ont été généralement employées, le thaler et le florin; mais on peut les considérer, à proprement parler, comme une seule et même monnaie : car le thaler est juste un florin et demi; le florin, par conséquent, et juste les deux tiers du thaler.

Il y a eu un triple titre des monnaies jusqu'à une époque tout à fait récente. Les différents titres se distinguaient ainsi qu'il suit :

1. Le titre de vingt florins ou titre de convention depuis 1753 (*t*), dans lequel on fabriquait avec un marc fin vingt florins ou leurs subdivisions, c'est-à-dire 13 1/3 thalers. Il existait notamment en Autriche (où il est encore en vigueur) et en Saxe.

2. Le titre de vingt-quatre florins (depuis 1754), 24 florins ou 16 thalers au marc fin. C'est celui de la Bavière et du sud-ouest de l'Allemagne. Dans ces pays s'est présenté ce singulier phénomène, que ce titre était simplement appliqué aux monnaies

tenu un titre plus compliqué, de même aussi que dans cette partie du pays on prend pour base du système monétaire d'autres monnaies de compte que le thaler et le florin. — Sur les renseignements contenus ici dans le texte, il faut comparer : Hoffmann, p. 62-66 ; Rau, t. 2 § 255, Nobach, Taschenbuch (Manuel). Autrefois le titre de 18 florins (de Leipzig) donnait.

(*t*) Il fut introduit en Autriche en 1748, puis admis en 1753 dans une convention entre l'Autriche et la Bavière. C'est de là que sont sorties les expressions : titre de convention, argent de convention, monnaie de convention. Mais la Bavière adopta bientôt après le titre de vingt-quatre florins. Cf. Noback p. 1403-1408.

de compte; mais (sauf de rares exceptions) on ne frappait pas de monnaies à ce titre. On satisfaisait à la nécessité de se servir de monnaies, en employant des pièces du titre de vingt florins, auxquelles on attribuait seulement une autre qualification, au moyen d'une réduction facile et simple dans la proportion de cinq à six. Les Zwanziger (20) et les Zehener (10) valaient par conséquent 24 et 12 kreuzer; la pièce de deux florins (thaler en espèces ou thaler de convention), 2 $^{2}/_{5}$ florins. A côté de ces monnaies de diverses espèces, on voyait encore circuler beaucoup de monnaie étrangère, en particulier le thaler français à feuillage (*écu de six livres* [1]), qui valait 2 $^{3}/_{4}$ florins faibles. A ces pièces vint s'ajouter, dans une proportion toujours croissante, vers la fin du dix-huitième siècle, une nouvelle espèce de monnaie, le thaler à couronne (du Brabant, thaler fabriqué plus tard en Bavière, dans le Wurtemberg, le pays de Bade, de Darmstadt, etc.,) qui valait un thaler et demi (2 $^{1}/_{4}$ florins) du titre de vingt florins, par conséquent 2 florins 42 kreuzer du titre de vingt-quatre florins.

3. Le titre de vingt et un florins, quatorze thalers au marc fin : en vigueur jusqu'à une époque très-récente en Prusse seulement, mais admis en-

[1] En français dans l'original.

suite dans plusieurs États voisins; introduit en 1750, rétabli en 1764 après avoir été maintes fois écarté. Il s'appelle aussi le titre de Graumann.

Les différences que nous venons de signaler ne causaient presque aucune perturbation dans les relations commerciales : l'état général du système monétaire était satisfaisant, parce qu'on s'attachait loyalement au titre de monnaie admis, soit à un endroit, soit à un autre. Quant à l'émission exagérée de billon de bas aloi dans plusieurs pays, les funestes conséquences qu'elle produisait se restreignaient, dans la plupart des cas, au territoire même du pays où elle avait lieu (note *p*).

Mais une grande perturbation résultait de cette circonstance que les thalers à couronne, dont nous avons parlé plus haut, étaient frappés plus bas que ne l'indiquait leur empreinte, en sorte qu'ils étaient de plusieurs unités pour cent au-dessous de leur valeur nominale. Ce mal produisit surtout de pernicieux effets dans les rapports réciproques des États qui faisaient partie du Zollverein. On pouvait remédier au mal en refondant les thalers à couronne de bas aloi, ce qu'on ne pouvait faire sans un sacrifice assez marqué; car alors la chimie était beauconp moins parfaite qu'elle ne l'est aujourd'hui. Aussi les Etats du sud de l'Allemagne préférèrent abandonner leur titre de monnaie lui-

même, et le faire descendre de 24 à 24 ½. C'est à ce dernier titre qu'ils frappèrent alors leur monnaie effective. Par là on se rapprocha en même temps du titre prussien au moyen d'une réduction très-simple; maintenant, en effet, quatre thalers prussiens ont exactement la valeur de sept florins du titre récemment introduit.

Ce changement important a, d'une part, mis en une harmonie plus grande le système monétaire de l'Allemagne intérieure, et, d'autre part, il a obvié aux graves abus qui avaient auparavant jeté le trouble dans les relations commerciales. Il est sorti d'une convention de l'année 1838 (*u*) entre tous les membres du Zollverein, qui avait été devancée en l'année 1837 par une convention plus restreinte entre quelques Etats.

(*u*) Transcrite dans la Gesetzsammlung (Collection des lois) prussienne de 1839, p. 18-24. — Cf. Hoffmann, Zeichen der Zeit (l'Esprit du siècle), p. 29, 47, 48. — Le thaler à couronne de Hollande (de Brabant) avait déjà été réduit à Vienne, en 1816, à 2 florins 12 kreutzer du titre de 20 florins (lois de l'empereur François au département de justice de 1812-1817. Vienne, 1819. Fol. p. 391). — Dans le sud de l'Allemagne, il y avait pour plus de 166 millions de florins, de thalers á couronne en circulation. Noback, p. 1183, 1184, 1414.

§ 41.

IV. OBJET DE L'OBLIGATION. PRESTATIONS DÉTERMINÉES, INDÉTERMINÉES. — ARGENT. VALEURS DIVERSES.

Dans la monnaie, on peut distinguer trois espèces de valeurs, dont il faut exatement préciser la nature et la différence, avant d'essayer d'établir d'une manière sûre et solide les règles juridiques qui leur sont applicables. Je nomme ces trois valeurs : valeur nominale, valeur métallique, valeur courante [1].

A. Valeur nominale.

Par là, il faut entendre la valeur qu'on doit attribuer à chaque pièce de monnaie, d'après la volonté de son auteur. Pour plus de brièveté, j'appellerai cet auteur le maître des monnaies : sous ce nom, par conséquent, il faut comprendre l'État lui-même dans cette fonction active, en vertu de laquelle il crée la monnaie, et qui constitue l'intervention indispensable que nous avons men-

[1] Les écrivains français distinguent aussi dans la monnaie trois cours, qui correspondent aux valeurs de M. de Savigny : cours nominal ou légal, cours métallique, et cours commercial. C'est ce dernier cours que M. de Savigny appelle valeur courante.

tionnée plus haut (§ 49). Cette volonté peut s'exprimer sous des formes très-variées. Elle peut résulter de la simple empreinte des monnaies elles-mêmes (§ 40, *k*, *l*), ou d'une notification publique sous forme de loi (*a*) ; de même encore d'une simple instruction adressée aux intendants des monnaies en voie d'exercice, et qui peut ou non être rendue publique par un moyen officiel.

La valeur nominale est applicable à toute espèce de monnaie, aussi bien à la monnaie véritable qu'à la monnaie symbolique ; pour cette dernière, elle présente comparativement plus d'importance encore ; car ici la fixation de la valeur s'effectue et doit, en effet, s'effectuer d'une manière plus libre et plus arbitraire que lorsqu'il s'agit de la monnaie faite avec un métal précieux. — L'influence immédiate de la valeur nominale ne s'exerce que dans le pays où la monnaie est frappée, et dans lequel le maître des monnaies peut imposer ses ordres ou son autorité ; l'influence qu'elle peut avoir sur l'étranger dépend bien davantage de circonstances accidentelles. Aussi, dans chaque Etat en particulier, il n'y a pas de véritable valeur no-

(*a*) Exemples : la loi prussienne sur le système monétaire de 1821 (G. S., Collect. des lois, 1821, p. 159). — Ordre de cabinet de 1824, à propos de l'introduction des nouveaux bons de caisses (G. S., 1824, p. 238). — De même plusieurs lois plus anciennes sur les bons du trésor, etc. (§ 46 *t*, *u*).

minale pour la monnaie étrangère qui peut se trouver en circulation, et cette valeur n'est qu'imparfaitement remplacée par la mesure que prend quelquefois le gouvernement du pays, quand il publie des tarifs sur les rapports de valeur entre cette monnaie étrangère et la monnaie indigène. Ces tarifs ont parfois pour but de régler l'acceptation de la monnaie étrangère par les caisses publiques du pays ; parfois aussi ils n'ont d'autre but que d'établir un cours régulier par des instructions adressées aux sujets, alors que les caisses publiques ne reçoivent pas l'argent étranger (a^1).

Pour cette espèce de valeur de la monnaie, on emploie la plupart du temps d'autres dénominations.

On l'appelle souvent la valeur externe, par opposition à la valeur interne, qui signifie alors la valeur métallique. Mais cette indication abstraite de la différence entre ces deux valeurs n'est pas bien choisie, surtout parce qu'à côté d'elle la fixation de la valeur courante reste incertaine et douteuse. En fait, ces expressions mêmes ont été employées par les écrivains avec des significations absolument différentes ; ce qui prouve qu'elles

(a^1) Exemples : Gesetzsammlung (Collection des lois) prussienne, 1816, p. 118 ; 1821, p. 184, 190.

sont tout à fait impropres, comme expressions techniques.

D'autres auteurs emploient, pour désigner la valeur que j'appelle valeur nominale, l'expression : valeur légale; mais il faut encore écarter cette qualification : d'abord parce que la fixation de la valeur sous forme de loi, n'est, comme je l'ai montré plus haut, qu'un des moyens par lesquels le maître des monnaies peut rendre publique sa volonté. A ce motif vient s'en ajouter un autre plus important. L'expression : valeur légale entraîne avec elle cette idée, que la valeur nominale suppose une prescription législative en vertu de laquelle les sujets du maître des monnaies doivent tenir cette valeur pour véritable dans leurs relations juridiques. Tel n'est pas le caractère de cette prescription, dont il sera question dans le § 42. Elle ne se sous-entend pas, et n'est pas nécessairement contenue dans les lois qui établissent une valeur nominale. Plusieurs des lois citées plus haut (note *a*) ne renferment aucune prescription de ce genre ; bien plus, certaines d'entre elles expriment précisément l'idée contraire à une pareille contrainte.

La valeur nominale n'a pas nécessairement pour nature d'être permanente : tout au contraire, elle peut se modifier dans le cours du temps.

B. Valeur métallique.

Par là, on entend la valeur qu'il faut assigner à chaque pièce de monnaie, en raison du poids d'argent ou d'or pur qu'elle renferme. Cette valeur se constate sûrement an moyen de la pesée et de l'analyse chimique de la matière : la première opération détermine le poids; la seconde, le titre de la pièce. Mais ce moyen de constatation est si difficile et si coûteux, qu'il est le plus souvent impraticable pour les particuliers. Aussi est-il remplacé par cette constatation officielle déjà mentionnée plus haut, de la quantité d'argent ou d'or, constatation qui se lit le plus ordinairement sur la pièce elle-même (§ 40, *k*, *l*), et à laquelle doit être jointe la confiance dans la vérité d'une pareille affirmation.

La valeur métallique n'a qu'une sphère d'application assez limitée, en ce qu'elle suppose des pièces d'argent ou d'or, et, par conséquent, ne peut se rencontrer dans le papier-monnaie, non plus que dans la monnaie de cuivre, qui n'a d'ailleurs qu'une importance très-faible. A l'inverse, elle est, à un autre point de vue, moins restreinte que la valeur nominale, en ce qu'elle se conserve même au delà des frontières du pays où la monnaie a été frappée.

Beaucoup d'auteurs se servent ici de l'expres-

sion : valeur interne, par opposition à la valeur externe, désignation qu'ils appliquent à la valeur nominale. Les motifs que j'ai fait valoir contre une dénomination aussi abstraite à propos de cette dernière valeur, s'opposent aussi à l'emploi de l'expression qui nous occupe.

Nous venons de dire que la constatation officielle de la quantité de métal contenue dans la pièce ne produit un effet assuré qu'autant qu'on ajoute foi à la sincérité de cette assertion. L'importance de ce point exige qu'on mette en regard les motifs différents qui peuvent faire révoquer en doute cette sincérité.

1. D'abord il faut mentionner une circonstance qui pourrait nous faire croire que la plupart des pièces de monnaie contiennent même une valeur supérieure à celle qu'indique leur empreinte. Ce n'est que très-rarement qu'on frappe une monnaie avec de l'argent ou de l'or pur; presque toujours elle renferme, dans une proportion souvent très-appréciable, une addition de cuivre, ce qu'on appelle l'alliage ou la préparation. Ainsi dans quatorze thalers prussiens il y a sans doute en réalité un marc fin; mais chaque thaler contient en outre, pour le tiers de son poids d'argent, une addition de cuivre, si bien que la pièce est composée de trois quarts d'argent et d'un quart de

cuivre. On pourrait donc croire que la pièce à laquelle on donne le nom de thaler a plus de valeur qu'un thaler (c'est-à-dire que $^1/_{14}$ du marc d'argent), en ce sens qu'il faudrait tenir compte de la valeur du cuivre qu'on y ajoute. En effet, celui qui reçoit une pièce d'un thaler peut la fondre et vendre ensuite séparément chaque métal. Mais les frais de la séparation sont si élevés qu'ils dépassent de beaucoup la valeur du cuivre; on n'a donc certainement pas à redouter une opération de cette nature. Sans doute il faut que l'Etat achète le cuivre qui doit servir à l'alliage; mais cette dépense est comprise dans les frais généraux de fabrication, et il est d'un usage constant de ne pas mettre en ligne de compte la valeur de la faible quantité de métal ajouté, alors qu'il s'agit de la valeur métallique de la monnaie (*b*).

2. L'acte qui ébranle le plus la croyance à la sincérité de la constatation, est incontestablement celui qui consiste à n'introduire avec intention, dans chaque pièce de monnaie, qu'un poids de métal précieux inférieur au poids constaté afin que le gouvernement bénéficie de la différence.

(*b*) Hoffmann, p. 23-30 Rau, t. 2. § 252. — A une époque plus récente, on s'est convaincu que la croyance aux avantages prétendus qui résulteraeint d'un fort alliage, n'a aucun fondement sérieux, point que Hoffmann paraît n'avoir pas encore aperçu.

Ce procédé a été très-souvent mis en pratique à une époque plus ancienne; mais depuis il a presque complétement disparu ; car il ne peut rester longtemps ignoré du monde commercial, qui fixe son attention sur ce point, et alors le but qu'on se proposait est manqué. Le cas le plus récent d'une altération de ce genre, ayant une certaine importance, est celui des Kronenthalern (thalers à couronne), émis dans le sud de l'Allemagne (§ 40).

3. Une dernière cause d'écart peut se présenter, c'est l'impôt de monnayage. On entend par là une diminution dans la quantité du métal, dans le but de couvrir les frais de fabrication. Ce procédé semble basé sur une certaine idée d'équité : car on ne peut pas imposer à l'Etat la charge de suffire avec ses ressources aux dépenses qu'occasionne, dans l'intérêt des particuliers, l'émission de la monnaie. D'un autre côté, celui qui se sert de la pièce de monnaie trouve en elle quelque chose qui lui est plus utile par sa forme et son empreinte qu'un morceau brut d'argent du même poids. Cependant il n'est pas prudent de baser sur ce motif une réduction des pièces de monnaie : car par là on arrive trop facilement à diminuer la confiance des particuliers dans la valeur métallique de la monnaie; on a même vu très-souvent l'impôt de monnayage servir de simple prétexte,

s'étendre au delà de ses limites véritables, et procurer insensiblement le bénéfice pur et simple que nous avons mentionné précédemment, et qui est tout à fait condamnable.

Aussi est-il préférable de chercher à couvrir des frais de fabrication par un autre moyen, notamment par l'acquisition du métal précieux, faite autant que possible à bon marché. Pour atteindre ce but, on a souvent contraint les propriétaires des mines du pays à vendre le métal au prix usuel de la monnaie; seulement c'est sans aucun fondement juridique qu'on impose exclusivement cette charge à l'industrie particulière. D'un autre côté, dans le commerce des métaux précieux, il n'y a pas d'acquéreurs plus importants que les maîtres des monnaies, et, de plus, le capital ne leur fait jamais défaut; s'ils prêtent une attention suffisante au commerce universel, s'ils savent profiter de l'époque et des circonstances pour acheter à bon compte, ils seront presque toujours en mesure de couvrir leurs frais par ce procédé tout à fait irrépréhensible (*c*). Si ce sont des particuliers qui fabriquent la monnaie, et qui fournissent l'or ou l'argent brut, pour le transformer en pièces monnayées, on leur déduira l'impôt de monnayage.

(*c*) Hoffmann, p. 58. Rau, t. 2, § 257, t. 3, § 196-198.

4. L'altération peut encore résulter d'une fabrication imparfaite, au moyen de laquelle le métal se trouve mal réparti entre les pièces prises isolément : le vice peut consister soit dans la répartition non proportionnelle de l'argent et du cuivre qu'on fond ensemble (par conséquent dans le titre), soit dans la masse inégale de chaque pièce (dans le poids). Cette altération était autrefois excessivement fréquente et sensible; mais les progrès croissants de l'art de la monnaie l'ont restreinte dans des limites toujours plus étroites. Cependant, comme jamais on ne pourra l'éviter absolument, on s'est contenté de fixer par des lois les limites dans lesquelles elle doit se renfermer, et être tolérée et pardonnée aux administrateurs des monnaies dans leur fabrication. On appelle cette limite le remedium, la limite de l'erreur, la *tolérance*[1], ou même le *remède*[1] (*d*). — On a aussi autrefois abusé souvent du remedium, et on l'a pris comme prétexte pour couvrir un gain déloyal.

5. Une cause d'altération plus profonde et très-

(*d*) Hoffmann, p. 39. — Sur le remedium dans les lois prussiennes, cf. G. S. (Collection des lois), 1821, p. 162 ; G. S., 1843, p. 256. — Pour les pièces réunies de deux thalers prussiens, le remedium ne monte qu'à trois millièmes. G. S., 1839, p. 21.

1 En français dans l'original.

fréquente autrefois était la rognure (taille) des monnaies, dont les dangers ont été bien diminués par l'art de plus en plus parfait du monnayage.

6. Une cause inévitable et qui s'accroît avec l'âge des monnaies, c'est l'usure naturelle, qui force souvent à convertir et à fondre à perte les pièces qui sont passées dans trop de mains (*e*).

7. Toutes ces causes d'altération, isolées ou jointes ensemble, peuvent arriver à faire que la valeur métallique certifiée, et qui existait peut-être à l'origine, ne se retrouve plus; il en résulte que, dans le commerce, les pièces de monnaie ont en moyenne une valeur inférieure à celle qu'elles devraient avoir d'après leur valeur nominale, sans qu'on prenne même en considération cette circonstance que les pièces prises séparément peuvent renfermer tantôt plus, tantôt moins d'argent ou d'or. Cet état de choses s'empire encore par suite de l'industrie déloyale de certaines personnes, qui, choisissant dans une certaine quantité de pièces, séparent et fondent les meilleures, mais rejettent dans la circulatiou les plus mauvaises (Wipper, billonneurs) (*f*).

La valeur métallique des pièces prises isolément

(*e*) Hoffmann, p. 43-48, p. 98.

(*f*) Les anciennes lois allemandes sont remplies de mesures contre les Kipper (rogneurs) et les Wipper (billonneurs).

a en elle-même une nature fixe et indépendante du simple caprice : mais elle peut éprouver des changements accidentels à la suite de la taille ou de l'usure des pièces, événements qui sont cependant moins dangereux aujourd'hui qu'autrefois.

C. Valeur courante.

Par là il faut entendre cette valeur que la croyance générale, l'opinion publique par conséquent, attribue à une certaine espèce de monnaie. Elle se relie intimement à l'essence de la monnaie, que nous avons expliquée plus haut (§ 40); ce qui fait clairement et naturellement apparaître la réalité et l'importance de la valeur courante.

La valeur courante n'est pas attachée au territoire d'un Etat déterminé; elle peut parfaitement varier selon les lieux et les pays; et les conditions spéciales dans lesquelles se trouve un Etat pris isolément, peuvent, particulièrement dans l'intérieur de son territoire, exercer sur elle de l'influence. — Elle n'a nullement une nature invariable : tout au contraire elle est soumise, suivant les époques diverses, aux changements les plus brusques.

Précisément à cause de cette nature de la valeur courante, variable selon les lieux et les temps, cette valeur ne peut être exactement précisée et servir de base à des règles juridiques, qu'en tant qu'on la ramène à quelque chose d'invariable et d'indé-

pendant du lieu et de l'époque. Pour avoir cette base invariable de la valeur courante, il faut considérer la valeur du métal précieux, par conséquent de l'argent ou de l'or, suivant que dans un pays on prend pour base du système monétaire l'argent ou l'or. Quand on veut, à propos d'une certaine espèce de papier-monnaie, comparer la valeur courante à deux époques séparées par un intervalle de dix années, il faut, dans les Etats allemands, se demander combien d'argent pur, à l'une et à l'autre époque, on pouvait acheter pour un thaler (ou un florin) de ce papier-monnaie : par là on fixe bien exactement la valeur courante de ce papier aux deux époques (*g*).

L'assertion que nous venons d'émettre n'est pas d'ailleurs à l'abri de toute contestation : car on l'a fait rentrer dans la controverse fameuse et fort compliquée du prix variable des métaux précieux comparés aux autres marchandises. Il ne faut pas le moins du monde chercher à contester cette instabilité, qui est surtout devenue sensible dans beau-

(*g*) Le procédé que nous indiquons ici pourrait passer pour plus difficile qu'il ne l'est en réalité, en ce sens que le commerce de l'argent brut fonctionnant comme marchandise ne se fait pas assez souvent, pour qu'on puisse en constater toujours et facilement la valeur. Mais il n'est pas nécessaire de procéder à cette recherche ; car partout il y aura une monnaie d'argent de bon aloi, dont le titre sera généralement connu et incontestable (comme par exemple le thaler prussien et le zwanziger autrichien), qui suffira amplement pour faire la comparaison.

coup de pays depuis la découverte de l'Amérique; on doit donc rechercher si la valeur des métaux précieux est immuable, non pas absolument, mais seulement relativement (par comparaison avec chacune des autres marchandises). Aussi plusieurs écrivains ont-ils voulu faire adopter dans la pratique, comme règle de mesure meilleure et encore plus invariable, maint autre procédé; notamment le prix du grain, ou encore le prix du travail, tel qu'il se présente dans le salaire ordinaire d'une journée[1].

Je dois cependant m'attacher fermement à la proposition que j'ai énoncée, comme à une proposition parfaitement certaine, et cela par les motifs suivants. D'abord beaucoup de données sur l'instabilité du prix des métaux précieux, et précisément les plus frappantes et les plus solides en apparence, reposent sur de simples méprises : on n'a pas aperçu les grands changements qui s'opèrent dans le titre des monnaies, et on s'est laissé abuser par la ressemblance des noms que portent des espèces de monnaies qui diffèrent complétement

[1] *Comp.* les ingénieuses évaluations de Jean-Baptiste Say (*Cours d'Economie politique*, partie III, ch. XIII, XIV et XV, t. 2, p. 423 à 448 de la 2e édition) et aussi : M. Michel Chevalier, De la monnaie, section II, ch. II à V, p. 64 à 106), bien que la discussion de cet auteur ne nous semble pas toujours irréprochable, et qu'il n'accorde pas, selon nous, au blé et au travail une assez grande part, comme mesure de la valeur des autres objets.

les unes des autres. — En second lieu, cette instabilité n'est jamais devenue sensible qu'après de très-longs intervalles, au lieu que pour toutes les autres marchandises, notamment pour le grain, on voit se produire des variations beaucoup plus prononcées, très-subites et dues simplement au hasard. — Enfin cette instabilité s'est renfermée dans des proportions toujours plus faibles, par suite des progrès considérables qui ont eu lieu de nos jours dans les grandes relations commerciales entre nations (*h*).

Si nous nous demandons maintenant à quels caractères on doit estimer la valeur courante, au premier abord ce point semble très-délicat. Car quand on aperçoit combien est mobile et incertaine, la plupart du temps, l'opinion publique dans d'autres sphères, souvent dans le même lieu et à la même époque, on peut bien s'attendre aussi à une incertitude analogue dans la valeur courante pour la monnaie. Mais, en fait, il en est tout autrement. Chaque particulier a ici l'intérêt le plus marqué à favoriser l'établissement d'un accord général, et à s'y conformer. Cet accord est facilité par la réunion

(*h*) Sur ces questions importantes et difficiles je renvoie aux écrivains suivants : Helferich dans tout sont ouvrage, surtout p. 40, 46, 47, 266-268. Rau, t. I, § 169-178. Savigny, Histoire du droit romain au moyen âge, t. 3. Appendice I.

des commerçants dans les bourses des places de commerce, et la manifestation de leur opinion exerce une influence décisive sur de vastes étendues de pays. A cette circonstance vient s'ajouter l'incroyable multiplicité et la rapidité des relations commerciales entre les villes et les campagnes, au moyen des chemins de fer, des télégraphes et des bateaux à vapeur; ces voies de communication ont fait établir d'abord en Europe, et même dans d'autres parties du monde, une communauté dans la valeur courante de la monnaie, dont on n'eût pu deviner la possibilité à une époque plus reculée. Ces découvertes ont, au point de vue qui nous occupe ici, engendré, entre la pensée et la volonté des hommes répandus sur toute la terre, une espèce de solidarité, que nous voyons encore s'accroître tous les jours.

Examinons enfin le rapport qui peut exister entre les trois valeurs de la monnaie, que nous venons d'énumérer.

L'état régulier et normal du système monétaire consiste à voir autant que possible ces trois valeurs s'accorder entre elles; par conséquent, pour la monnaie métallique, à constater l'harmonie de la valeur nominale avec la valeur métallique et la

valeur courante : pour le papier-monnaie, la concordance de la première et de la dernière de ces valeurs.

Quand l'état dont nous venons de parler éprouvera des secousses de nature à troubler l'accord entre les différentes valeurs, il en résultera très-probablement une influence préjudiciable sur les relations et sur la richesse des particuliers (*i*). On voit se produire particulièrement un effet très-important et des plus funestes, quand, dans un pays, deux espèces de monnaie, l'une bonne et l'autre mauvaise (que ce soit du métal à côté d'autre métal, ou du métal à côté de papier), sont simultanément en circulation : il arrive très-fréquemment que la monnaie qui est bonne disparaît ; une partie sort du pays : on cache ou on enfouit l'autre partie.

Les crises susceptibles de troubler le plus profondément l'accord entre les diverses valeurs se présentent à propos du papier-monnaie. — Entre la valeur métallique et la valeur courante, une différence persistante peut jusqu'à un certain point se rencontrer. Nous avons cité plus haut l'exemple des anciens groschen prussiens (§ 40,

(*i*) Sur ce point, dans les temps modernes, des idées beaucoup plus saines on gagné du terrain : c'est la remarque faite par Rau, t. 3, § 201.

p), dont la valeur courante se maintint pendant un assez grand nombre d'années au niveau de la valeur nominale, bien que la valeur métallique ne montât à la fin qu'aux quatre septièmes de cette valeur. A l'inverse, le fait d'une valeur courante plus faible que la valeur métallique ne pourra se présenter que dans des proportions restreintes et dans des circonstances toutes passagères; car ce serait alors une opération très-productive, de transformer une monnaie de ce genre en la fondant et en la vendant comme du métal brut (*k*).

Comme éclaircissement, je veux encore citer quelques cas dans lesquels on a vu se produire cet écart dans les proportions les plus larges, écart qui subsiste encore en partie de nos jours.

Dans la première révolution française, on avait émis un papier-monnaie sous le nom d'assignats, puis ensuite un autre sous le nom de mandats. La valeur courante de ces deux effets éprouva une baisse très-rapide et très-prononcée, de sorte même qu'au bout d'un temps assez court ils n'eurent plus aucune valeur. Naturellement à côté d'eux la monnaie de métal devait disparaître pres-

(*k*) Si donc il s'agit de trouver, pour une époque très-reculée, la valeur courante d'une certaine espèce de monnaie, et qu'on manque sur ce point de renseignements suffisants, la concordance naturelle que nous venons d'établir permettra de regarder la valeur métallique, qui est facile à trouver, comme donnant aussi vraisemblablement la valeur courante.

que totalement, soit qu'on l'exportât au dehors, soit qu'on la cachât. Une situation aussi anormale aurait produit des résultats désastreux si elle n'avait eu une durée très-restreinte (*l*).

En Autriche, on a eu, à côté de la monnaie de métal, un papier-monnaie (Bankzettel, billet de banque), dont l'émission, faite dans de sages limites, était commode et avantageuse pour le commerce. Son accroissement démesuré commença, vers la fin du dix-huitième siècle, à en faire baisser la valeur courante, et ce mal fit de tels progrès, qu'en l'année 1811, toute la masse du papier monnaie (1060 millions de florins) fut réduite par une loi à 1/5 de sa valeur nominale primitive (*m*). Le nouveau papier-monnaie qu'on

(*l*) Comme je puis présumer que la plupart de mes lecteurs n'ont peut-être jamais vu d'assignats, je veux faire connaître la partie essentielle de l'inscription d'une de ces pièces, qui, par hasard, est sous ma main : « *Assignat de cinq cent liv. hypothéqué sur les domaines nationaux, créé le* 20 *pluviôse l'an II*e *de la république*[1]. (en haut) : *la loi punit de mort le contrefacteur*[1]. (en bas). *la nation récompense le dénonciateur*[1]. » — On avait émis successivement pour plus de 45,000 millions de *livres*[1] en assignats, Helferich, p. 186.

(*m*) Finanzpatent (Règlement de finance) du 20 février 1811. K. Franz Gesetze im Justizsache (Lois de justice de l'empereur François), 1804-1811. Vienne, 1816. p. 254). Bancozettel réduits à 1/5, et échangés contre des Einloesunsscheine (§ 2 - 4). Ces Scheine (Titres) sont aujourd'hui compris dans la Wiener Waehrung et dans quelques Landes-Valuta (Valeurs provinciales) (§ 8). Les contrats ne peuvent être conclus qu'en ce Wiener Waehrung, à l'exception des prêts qui portent sur une espèce déterminée de monnaie (§ 9). « Monnaie sonnante » indique maintenant dans les contrats une Einloesunsscheine (§ 15). On trouve une Cours-Scala (Echelle des cours) spéciale pour le paiement des plus anciennes dettes (§ 12, 13, 14).

[1] En français dans l'original.

a substitué à celui-là (Einloesungsscheine [1], Anticipationsscheine[2], sous la dénomination commune de Wiener Waehrung[3]), a été plus tard réduit aux $^2/_5$, en sorte que ces deux opérations ont porté la réduction totale aux $^2/_{25}$ de la valeur nominale primitive (*n*). Mais même le papier-monnaie le plus récent qu'on a substitué à celui-là (Banknoten, Kassenanweisungen [4], etc.), perd de nouveau aujourd'hui à peu près un quart de sa valeur nominale contre la monnaie métallique en cours. Aussi, a-t-on vu se produire cette conséquence, toujours inévitable, que la monnaie de métal a presque complétement disparu du commerce.

Le mal que nous signalons ici a été infiniment plus grand en France; en revanche il a été de courte durée. En Autriche, il s'est produit avec moins d'intensité, mais il persiste dans ce pays (avec des intermittences) depuis plus d'un demi-siècle.

(*n*) La réduction au 2/5 se fit par un simple avis de la banque du 9 mars 1820. La Wiener Waehrung avait été successivement augmentée et portée au delà de 600 millions, mais elle fut plus tard restreinte à une somme très-modérée. Noback, p. 1422, 1424.

1 Littéralement : Titre de quittance.

2 Littéralement : Titre d'anticipation.

3 Ces expressions, qui signifient littéralement *type* (monétaire) *viennois*, désignent, non pas un titre isolé, mais un ensemble de titres émis par le gouvernement autrichien.

4 Littéralement : Bons de caisse.

Dans ces deux pays, il a présenté absolument les caractères d'une banqueroute de l'État; car tout papier-monnaie est non-seulement de la monnaie, mais en même temps une véritable dette d'État (§ 40, *o*).

§ 42.

IV. OBJET DE L'OBLIGATION. PRESTATIONS DÉTERMINÉES, INDÉTERMINÉES. — ARGENT, RÈGLES DE DROIT.

Toute la recherche à laquelle nous nous sommes livrés jusqu'à présent n'avait pour but que de préparer la réponse à cette question de droit : En quoi consiste le véritable objet d'une dette de somme d'argent? et nous n'aurons plus ensuite qu'à résoudre la question purement pratique de savoir quelle somme est nécessaire pour acquitter une dette d'argent qui a pris naissance à une époque antérieure.

Si nous cherchons d'abord à rattacher ces questions aux idées que nous avons émises plus haut (§ 39), nous n'hésiterons pas à proclamer les principes suivants : l'argent est une quantité; par conséquent, il y a entre chaque pièce d'une certaine espèce de monnaie une différence aussi peu

sensible qu'entre chaque grain du blé qui se trouve réuni dans un tas ; les pièces de monnaie, prises isolément, ne sont pas en elles-mêmes susceptibles d'être distinguées ; elles sont méconnaissables ; enfin, au point de vue juridique, ce sont des choses de consommation, en ce sens que leur usage vrai et bien entendu consiste dans la dépense qu'on en fait ; dépense qui, en règle générale, rend toute réclamation ultérieure de la propriété dont elles ont été antérieurement l'objet, aussi impossible que si elles avaient été matériellement consommées (*a*).

Si ces observations nous montrent que, pour chaque espèce de monnaie, la distinction des pièces, prises isolément, est aussi impossible à faire juridiquement qu'elle présente peu d'intérêt, il n'en devient que plus important de distinguer les diverses espèces de monnaie entre elles. Mais alors, il semble que nous retombons complétement dans le domaine des obligations de genre, de sorte que le doute et la controverse qui s'élèveraient sur la bonté plus ou moins grande d'une espèce de monnaie présenteraient les mêmes caractères que la controverse qui surgit sur la qualité bonne ou mauvaise du blé. Alors, il faudrait

(*a*) § 2 *J. de usufr.* (2, 4). Cf. plus haut § 39, *b*.

donner au débiteur le droit de choisir l'espèce de monnaie avec laquelle il veut s'acquitter; ou, ce qui est la même chose, il en résulterait nécessairement que la prestation se ferait toujours avec l'espèce de monnaie la plus dépréciée, si aucune n'avait été expressément désignée (§ 39, *b*). — Mais cette décision ne reposerait que sur une apparence trompeuse. La règle que nous venons de rappeler et qui a trait aux dettes de genre, suppose un cas où on a à dessein laissé subsister l'indétermination, en abandonnant au bon vouloir du débiteur le soin de la résoudre (§ 38). Or, on n'admettra jamais une pareille supposition dans les dettes d'argent proprement dites. Dans celles-ci, les parties intéressées ont toujours en vue une valeur parfaitement déterminée, et le doute et la controverse ne peuvent s'élever que sur le point de savoir quelle est cette valeur. Ainsi notre question ne doit pas se décider d'après la règle qui gouverne les obligations de genre (*b*), mais bien plutôt d'après les règles sur l'interprétation, des actes juridiques. Cette interprétation nous devrons tout d'abord essayer de la faire résulter de

(*b*) Cette règle est néanmoins applicable à certains cas secondaires et peu importants; mais ces cas n'appartiennent pas au domaine des dettes d'argent proprement dites (V. plus bas § 43, *b*).

la nature générale de l'argent. Mais il nous faudra rechercher en outre jusqu'à quel point des lois positives peuvent intervenir en cette matière.

Notre question se formule d'une manière plus précise dans les termes suivants :

> Le montant d'une dette d'argent doit-il s'entendre de la valeur nominale, ou de la valeur métallique, ou de la valeur courante de la somme exprimée dans l'acte juridique?

Il est manifeste qu'en présence de l'état normal du système monétaire que nous avons exposé plus haut, et qui consiste dans l'accord des diverses valeurs (§ 41), cette question ne présentera pas d'intérêt pratique : de même elle donnera difficilement prise au doute et à la controverse, si, dans l'intervalle entre la naissance et l'extinction de la dette, il n'est pas intervenu de changement dans la condition du système monétaire, soit pour l'une de ces valeurs, soit pour plusieurs. Le changement que nous venons d'indiquer peut porter sur des dettes d'origine très-différente, sur des dettes nées d'un prêt, d'un achat, d'un louage, d'un testament ou d'un délit. Mais de tous ces cas, celui du prêt est, pour plusieurs motifs, le plus important : d'abord parce que c'est précisément dans ce cas que le rapport de dette est le plus souvent créé pour une très-longue durée; puis aussi parce

que, dans le prêt, les règles générales du droit veulent qu'on prenne comme base la qualité de la substance que le débiteur a reçue à l'origine, pour fixer la qualité de celle qu'il doit rendre (c); en sorte qu'ici la question suppose au moins une divergence possible dans l'intention des parties contractantes, et doit, par conséquent, se résoudre au moyen de l'interprétation littérale des expressions employées dans le contrat, interprétation qui, d'ailleurs, sera sans valeur, et pourra facilement induire en erreur dans d'autres cas où il s'agira de la question de savoir quel est le véritable objet d'une dette d'argent.

En abordant la réponse à la question de droit que j'ai formulée plus haut, et en recherchant par conséquent laquelle des trois valeurs doit plutôt être appliquée à l'acquittement de la dette, je crois devoir tout d'abord indiquer que je regarde comme telle la valeur courante. Le rejet péremptoire des deux autres sera donc avant tout motivé par la justification de la valeur courante; cependant, en traitant de chacune de ces deux autres, on peut déjà montrer que des motifs tout particuliers s'opposent à ce qu'on les admette.

(c) C'est ainsi qu'est formulée la décision du droit romain, *L.* 3 *de reb. cred.* (12, 1) : de même aussi celle du droit prussien. A. L. R. (Droit national général), I, 11, § 778, I, 16 § 74.

A. Valeur nominale.

Pour faire admettre la valeur nominale comme véritable objet d'une dette d'argent, on a d'abord fait valoir ce motif que dans chaque état l'auteur de la monnaie (que j'ai appelé plus haut le maître des monnaies) est seul en position, en créant de la monnaie, d'en fixer la valeur d'après son appréciation. Mais ce motif perd la force qu'il pourrait avoir, par cette considération que la véritable activité du maître des monnaies n'est une activité créatrice qu'en apparence, et qu'en réalité elle est une activité d'intervention (§ 40).

Il semble qu'il faille attribuer plus d'importance à ce motif, que le maître des monnaies, à côté de ce premier attribut, en a en même temps et presque toujours un autre, beaucoup plus important : celui de législateur, et que cette réunion de deux pouvoirs dans une seule personne fait que la décision du maître des monnaies sur la valeur nominale de l'argent est en même temps obligatoire comme loi pour tous les sujets de l'Etat, et spécialement pour tout juge qui a une sentence à prononcer sur une dette d'argent. — Ce point exige un examen d'autant plus approfondi que dans la proposition que nous venons d'énoncer, et qu'on met très-fréquemment en avant, on a mêlé du vrai et du faux sous une forme sédui-

sante. Il faut bien distinguer ici les idées suivantes.

1. La décision du maître des monnaies sur la valeur nominale de quelque espèce de monnaie que ce soit, est publiée quelquefois sous forme de loi, mais souvent aussi sous une tout autre forme, par exemple par une simple indication sur les monnaies (§ 41). Dans ce dernier cas, le motif présenté plus haut n'a pas même une apparence de fondement.

2. Dans les autres cas il faut sans doute reconnaître que cette apparence existe. Toutefois une loi qui prononce sur la valeur nominale n'a pas nécessairement ce sens qu'elle enchaîne la volonté des habitants et fixe la décision des juges. La preuve que ce sens ne doit pas être nécessairement, ni par conséquent généralement donné à la loi, ressort de cette circonstance que parmi les lois qui établissent la valeur nominale d'une espèce de monnaie, plusieurs disent expressément que les habitants et les juges doivent s'y conformer (nous allons en parler plus explicitement), tandis que d'autres expriment le contraire (§ 41, *a*), en sorte que des lois de ce genre sont susceptibles de contenir deux prescriptions tout à fait opposées. Quand donc une loi qui exprime la valeur nominale laisse ce point dans l'indétermina-

tion, nous ne sommes pas autorisés à l'interpréter en ce sens que le juge serait par là enchaîné; car nous introduirions arbitrairement dans la loi une prescription d'une nature toute positive.

3. D'un autre côté, on ne peut pas nier qu'il ne soit possible de publier des lois qui contiennent des dispositions aussi rigoureuses, et même qu'on n'en ait publié très-souvent. Le but d'une prescription de ce genre et l'action qu'elle exerce s'appellent le cours forcé de la monnaie. Là où il existe une loi de cette nature, il est hors de doute que le juge est obligé de l'appliquer, toute disposition légale devant être exécutée sans restriction, alors même que le juge devrait la considérer comme blâmable, rigoureuse et inique.

Quelques exemples, empruntés à la réalité des faits, indiqueront plus clairement ce que signifie le cours forcé; il est à propos de faire remarquer d'abord qu'il ne se présente pas souvent et n'offre pas une importance particulière quand il s'agit de la monnaie de métal, tandis que, pour le papier-monnaie, la possibilité d'en faire l'application avec ses dangereux résultats ne souffre pas de limites.

On a établi le cours forcé dans des proportions très-étendues à propos des assignats et des mandats français, et on n'a pas reculé devant l'emploi des moyens les plus violents pour faire exécuter

cette mesure (§ 41). A la suite de la dernière révolution, on a rétabli, en mars 1848, le cours forcé pour les *billets de banque* [1] (*d*); toutefois cette mesure a été rapportée en août 1850.

Comme en Prusse, à la suite des désastres de la guerre de 1806, le papier-monnaie était tombé au-dessous de la valeur nominale, la législation varia plusieurs fois sur le cours forcé. En l'année 1813, il a été définitivement abrogé, et, depuis cette époque, cet état s'est maintenu (*e*).

En Autriche, à côté des réductions légales et réitérées du papier-monnaie, le cours forcé a éprouvé plusieurs espèces de modifications. Par la Finanzpatent du 1[er] juin 1816 (§ 1, 16), il était dit qu'on ne créerait plus jamais de papier-monnaie avec cours forcé, et, en particulier, que les banknotes nouvelles qu'on émettait alors ne devraient pas avoir cours forcé. Mais c'étaient précisément ces banknotes qu'on munissait du cours forcé en l'année 1848, d'abord en vertu d'une simple décision ministérielle, puis en vertu d'une patente impériale qui confirmait cette première décision (*e*[1]). Le cours forcé subsiste encore aujourd'hui pour

(*d*) *Les Codes français, par Tripier, Paris,* 1851, p. 1410 [1].

(*e*) V. plus bas § 46, *t, u.*

(*e*[1]) K. Franz Gesetze (Lois de l'empereur François) de 1812 à 1817. Vienne, 1819, p. 359. Noback, p. 1402, 1477, 1879.

[1] En français dans l'original.

ce dernier papier-monnaie et il subsiste avec des effets si énergiques que l'Etat lui-même, au grand détriment de ses créanciers, paie en papier-monnaie, d'après la valeur nominale, les intérêts de ces dettes publiques, dont la dénomination usuelle semble exclure l'emploi de toute autre monnaie que la monnaie de métal (les *métalliques*[1]) et dont les titres promettent en termes exprès de la monnaie conventionnelle.

Il n'est pas possible de confondre avec les lois que nous venons de citer, et qui interviennent arbitrairement dans le système monétaire, maintes autres lois, qui ont en réalité une tout autre signification. Ainsi le Landrecht (droit national) prussien décide que les sommes dont on parle dans les conventions doivent s'entendre de la monnaie d'argent qui a cours (*f*). Cette loi renferme une simple interprétation de conventions et non pas une règle qui contraindrait la volonté des parties; c'est ce qui résulte très-clairement de cette circonstance, qu'à côté de ces conventions, d'autres qui s'en écartent sont considérées comme licites et valables (*g*). — Il en est de même de certaines

(*f*) A. L. R. (D. n. g.), I. 11, § 779, I, 5, § 258, I, 16, § 76.

(*g*) A. L. R. (D. n. g.), I, 11, § 778, I, 12, § 450, 451, I, 5, § 257, I, 16, § 74.

[1] En français de l'original.

lois sur le changement du titre de la monnaie, dont nous parlerons plus bas avec plus de détails (note *m*).

4. L'examen auquel nous venons de nous livrer et les éclaircissements plus détaillés que nous avons donnés sur les lois qui établissent le cours forcé, nous permettent de préciser davantage et en même temps de restreindre davantage aussi la question que nous discutons en ce moment, et qui est de savoir si on doit prendre la valeur nominale comme le montant véritable d'une dette d'argent. La question est d'abord de savoir si on doit conseiller au législateur de traiter la valeur nominale comme il le fait en prescrivant le cours forcé. Puis à cette première question s'en rattache une seconde, beaucoup plus importante en pratique, qui consiste à se demander si, en l'absence d'une loi sur le cours forcé, la nature seule de la monnaie doit faire considérer la valeur nominale comme l'objet véritable d'une dette d'argent. Si le juge devait se guider d'après cette idée, le résultat pratique serait, en définitive, absolument le même que dans le cas où il existe un cours forcé légal.

Ces deux questions doivent péremptoirement recevoir une solution négative, parce que la valeur nominale ne constitue pas le véritable objet d'une

dette d'argent. La preuve complète de cette assertion ne peut, d'ailleurs, être donnée que plus loin, quand nous examinerons la valeur courante. Mais ici on peut déjà faire valoir deux motifs capitaux, qui feraient hésiter beaucoup à traiter la valeur nominale comme l'objet des dettes d'argent, et surtout à lui attribuer légalement un cours forcé.

D'abord, le crédit et le pouvoir du maître des monnaies et du législateur se restreignent à leur propre Etat : par conséquent, les dispositions qu'ils pourraient prendre en contradiction avec l'opinion n'auraient aucune influence au delà des frontières ; elles entraveraient et troubleraient les relations réciproques entre ce pays et les pays étrangers, au grave détriment des deux Etats.

En second lieu, quant à l'influence du cours forcé sur le pays lui-même, on pourrait vouloir la justifier par cette considération que tout le monde, sans exception, a besoin et se sert de monnaie, de sorte que cette situation artificielle et forcée du système monétaire atteint également tout le monde, et qu'il semble par là que le préjudice qu'elle peut causer soit compensé pour chaque particulier. Mais cette supposition reposerait sur une pure illusion. Car, en fait, la puissance du législateur dans les questions de monnaie est très-restreinte, même dans son propre pays, en ce sens

que la plupart des relations de la vie se soustrairont inévitablement à cette puissance. En supposant donc qu'on attribuât à un nouveau papier-monnaie une valeur double de celle que l'opinion publique lui reconnaît, cette décision n'aurait d'autre conséquence que de faire monter le prix de toutes les marchandises, ainsi que le salaire du travail, au double du prix qui existait jusqu'alors; ainsi le propriétaire d'un boisseau de grain, qui le vendait auparavant un thaler, exigerait désormais deux thalers de ce papier-monnaie[1]. Il n'est pas possible de prévenir ce résultat; car tout propriétaire a le droit de refuser absolument de vendre à un acheteur qui ne veut pas souscrire à ses conditions (*h*). Il ne reste, de la sorte, qu'un seul rapport de droit sur lequel le législateur puisse effectivement exercer son empire, c'est le paiement des dettes antérieurement contractées. Car, comme le créancier a besoin du secours du juge, mais que le juge, comme nous l'avons montré

(*h*) Il est vrai qu'à l'époque la plus désordonnée de la révolution française on avait essayé d'étendre même sur ce point la contrainte, en établissant, au moins pour les objets nécessaires à la vie, un prix le plus élevé (le *maximum*[2]) sous des peines sévères. Mais on ne put jamais parvenir à faire exécuter rigoureusement cette disposition.

[1] *Comp.* les effets du cours forcé de monnaies altérées dans Jean-Baptiste Say (*Traité d'Economie politique*, ch. XXV, p. 262 à 269 de la 6e édition).

[2] En français dans l'original.

plus haut, est obligé de reconnaître le cours forcé, il faut alors que le créancier, qui a acquis antérieurement une créance de cent thalers, se contente du paiement de cent thalers du nouveau papier-monnaie, avec lesquels il ne peut acheter qu'une quantité de grain moitié moindre que celle qu'il aurait pu acheter, si la dette eût été acquittée avant l'émission de ce papier-monnaie. Précisément la circonstance qne cette loi exerce ses effets et pèse ainsi exclusivement sur le paiement des dettes d'argent plus anciennes, alors qu'elle laisse et est forcée de laisser subsister intacts tous les autres rapports ordinaires de la vie, cette circonstance démontre évidemment la rigueur et l'iniquité d'une loi de cette nature.

A cette considération vient encore s'en ajouter une autre. L'Etat, en cherchant à relever par sa loi de contrainte un papier-monnaie dont le cours se déprécie, n'a pas l'intention d'enrichir une classe de sujets aux dépens de l'autre (conséquence inévitable, mais inique, dont il vient d'être question); il a un but tout différent : c'est de couvrir, au moyen de retenues, une partie de ces propres dépenses en intérêts, appointements et pensions. Le bénéfice que cette opération procure à l'Etat présente les caractères d'un impôt sur le revenu, et il semble trouver sa justification dans le droit

qu'à l'État d'exiger des impôts. Mais d'abord l'État n'a nullement le droit de lever des impôts sur ses créanciers étrangers; en outre, il est injuste, même dans le pays, de frapper d'un impôt sur le revenu exclusivement les capitalistes, les fonctionnaires et les pensionnés, alors que les autres classes n'en sont pas atteintes.

Enfin il ne faut pas oublier de mentionner l'effet moral d'une loi de ce genre, qui entraîne inévitablement à sa suite une perturbation générale dans le sentiment de la justice.

Les règles très-restrictives dans les lesquelles nous venons de renfermer l'influence naturelle et convenable du législateur sur la valeur de la monnaie ne peuvent pas s'appliquer aux lois qui interviennent quelquefois pour démonétiser ou mettre hors du cours une certaine espèce de monnaie du pays. Une loi de ce genre produit cet unique résultat, que l'espèce de monnaie qui est retirée ne présente plus les caractères de la monnaie, et, par conséquent, ne peut plus servir à un débiteur pour lui permettre d'acquitter sa dette, alors que le maître des monnaies lui enlève l'autorité qu'il lui avait prêtée jusque-là, et la place dans la même condition que s'il n'en avait pas fait l'émission. Cette décision ne peut guère se prendre que pour des motifs urgents; elle est en effet

de nature à causer un grave préjudice aux propriétaires actuels de cette monnaie : aussi faudra-t-il toujours, à son égard, prendre certaines mesures d'équité : ainsi l'Etat devra, selon les circonstances, s'imposer le sacrifice d'accepter la monnaie en échange de sa valeur nominale et de la refondre. Mais dans les rapports des particuliers entre eux, l'argent démonétisé a cessé absolument d'être de la monnaie (i).

B. Valeur métallique.

La preuve que la valeur métallique de la monnaie ne peut pas non plus être considérée comme le véritable objet d'une dette d'argent, ne peut se faire complétement qu'en traitant de la valeur courante. Mais il y a lieu de faire valoir, dès à présent, les considérations suivantes, qui s'opposent à l'admission de la valeur métallique comme base de règles de droit.

On ne peut pas révoquer en doute ce fait important, qu'à côté de la monnaie de métal, on se sert aussi en pratique de papier-monnaie, et même dans d'énormes proportions. Comme l'influence qu'on voudrait attribuer à la valeur métallique

(i) Un cas de ce genre se présente dans la *L.* 102 *pr. de solut.* (46, 3). Cf. sur ce texte Averanius interpret. Lib. 3, C. 13. — En outre on mentionne les *reprobi nummi* dans la *L.* 24 § 1 *de pign. act.* (13, 7).

sur le montant des dettes d'argent n'est très-certainement pas applicable à ce papier, il est évident que c'est là une base restreinte et insuffisante pour régir l'état actuel de notre système monétaire dans son ensemble. Il résulte de là qu'on est obligé de chercher une base d'une nature assez générale pour pouvoir s'appliquer également à toute espèce de monnaie. — Il ne faudrait pas croire qu'il soit possible d'éviter la difficulté que nous signalons ici, en traitant les deux espèces principales de monnaie comme deux objets indépendants l'un de l'autre, et dont chacun devrait être assujéti à des règles particulières. Car un cas qui se présente très-fréquemment, et qui est d'une importance toute particulière, est précisément celui où il s'agit de payer en papier-monnaie ou réciproquement. une dette de métal On ne peut évidemment décider ce cas qu'au moyen d'une règle commune, qui domine également la monnaie de métal et le papier-monnaie.

Il y a encore un autre motif qui fait hésiter à prendre la valeur métallique comme constituant en droit une règle générale : c'est que cette valeur n'est, à proprement parler, applicable qu'au prêt, et ne l'est pas à toutes les obligations. Pour le prêt, on peut dire avec quelque apparence de raison que le débiteur doit rendre le même poids d'or

ou d'argent que celui que le prêt lui a procuré. Dans les autres obligations, comme par exemple dans la vente, il n'y a aucun fait antérieur auquel on puisse rattacher le maintien de la valeur métallique, pour en faire l'objet de l'obligation de l'acheteur, à moins toutefois que celui-ci n'ait promis le paiement d'un certain nombre de pièces de monnaie d'une espèce déterminée. Mais, dans un cas de ce genre, il n'y a plus une dette d'argent pure et simple : c'est donc une règle toute différente qu'il faut appliquer (§ 43).

Il est utile de faire observer que les conséquences de l'erreur qui peut résulter du fait de confondre l'objet d'une dette d'argent avec la valeur métallique, se restreignent au point de vue pratique dans des limites assez étroites, tandis qu'une erreur analogue, quand on prend pour mesure la valeur nominale, peut produire des résultats dont il n'est pas, en quelque sorte, possible de calculer la portée. Aussi la première de ces erreurs présente-t-elle infiniment moins de dangers que la seconde.

C. Valeur courante.

Le caractère général de la monnaie consiste, comme nous l'avons établi plus haut (§ 40), à procurer à son propriétaire une puissance qui lui permet de se procurer toutes les richesses, et

cette puissance se fonde sur ce fait que la monnaie est appréciée et acceptée par tout le monde. C'est cette estime générale qui fait non-seulement que quelque chose qui, sans cette estime, ne serait pas une monnaie, en devient une; mais c'est elle encore qui fixe dans quelle mesure ce quelque chose devient monnaie, et, par conséquent, à quel taux doit s'élever la valeur qu'on lui attribue. C'est précisément là ce qui constitue la nature, présentée plus haut, de la valeur courante (§ 41). Ainsi la valeur courante est la véritable mesure pour déterminer le montant d'une dette d'argent; c'est là une conséquence immédiate qui découle de la nature générale de la monnaie.

Ces principes sont en complète contradiction avec l'opinion qui consiste à prendre soit la valeur nominale, soit la valeur métallique pour base, quand il s'agit de fixer le montant d'une dette d'argent, et en même temps ils montrent clairement qu'il n'est pas possible d'objecter, contre le choix de la valeur courante, les raisons de douter particulières que nous avons fait valoir plus haut contre le choix de la valeur nominale et de la valeur métallique. — Spécialement dans le jugement à intervenir sur une dette d'argent, la valeur courante sera susceptible d'être aussi bien appliquée, soit que la dette ait pris naissance primitivement

à la suite d'un prêt contracté en monnaie du pays ou en monnaie étrangère.

La règle que nous venons de poser n'a besoin d'être précisée plus exactement que pour le cas où la valeur courante pourrait différer selon les lieux; en ce sens qu'il faut ajouter quel est le lieu qu'on doit prendre pour mesurer le cours. Si l'obligation a pris naissance à la suite de la tradition d'une somme d'argent, comme dans le prêt (par conséquent *re*), il faut se décider en règle générale pour le lieu de la tradition, parce que c'est en cet endroit que le débiteur obtient la somme de puissance que l'argent qu'il a reçu est susceptible de lui procurer (*k*). Si l'obligation résulte de la simple volonté des parties, comme dans le contrat de vente (*consensu*), il faut, d'après les règles de l'interprétation, fixer le lieu, en se référant, pour la somme promise par l'acheteur, au cours qui peut

(*k*) Quand le débiteur emporte avec lui dans un lieu éloigné la monnaie qu'il a reçue, et éprouve dans ce lieu une perte sur le cours, ce préjudice n'est que la conséquence d'une détermination qu'il a prise librement ; mais il est étranger à l'opération juridique qui est intervenue auparavant. Car le débiteur pouvait, dans le lieu ou il a contracté, transformer l'argent en marchandises, ou en une autre monnaie, qui ne serait pas sujette à ces variations locales. — Il ne faudra donner une décision différente que dans les cas très-rare où le lieu du contrat de prêt n'est pour les parties qu'un séjour accidentel et passager, par exemple quand dans une résidence de bains deux compatriotes, qui habitent au loin, se rencontrent, et que l'un prête à l'autre dans la monnaie de leur pays une somme qui doit être dépensée dans leur patrie.

avoir été dans l'intention des parties (1). — Cette question devient du reste, dans l'application, de moins en moins importante, à mesure que les valeurs courantes se nivellent, dans les différents lieux et pays.

Quelques exemples vont servir à rendre plus claires les règles que nous venons de développer et à en démontrer la complète exactitude.

En supposant qu'en Autriche on ait fait un prêt de cent florins en banknotes anciennes à une époque où ce papier-monnaie avait la même valeur que la monnaie d'argent, et en supposant qu'il dût être remboursé à une époque où les banknotes (encore privées de tout cours légal) étaient tombées au quart de leur valeur primitive, il aurait fallu, d'après les règles que nous avons exposées, rembourser une somme de quatre cents florins en banknotes. Car ce n'est que par le paiement de cette somme que le débiteur eût procuré au créancier la valeur qu'il avait reçue de celui-ci au jour du prêt.

En supposant qu'en Prusse on ait fait un prêt

(1) J'ai déjà traité en détail cette question à un autre endroit. Système, t. 8, § 374.

de quatre cents thalers en groschen (par conséquent en donnant 9,600 groschen), à une époque où ces pièces circulaient de pair avec la monnaie courante (§ 40); et en supposant que ce prêt ait dû être remboursé à une époque où ces groschen avaient atteint leur taux le plus faible, le débiteur eût été obligé de rendre ou quatre cents thalers courants, ou sept cents thalers, s'il avait voulu payer avec ces groschen. Ce n'est qu'en agissant ainsi qu'il pouvait procurer à son tour au créancier la même puissance que celle qu'il avait reçue de lui au jour du prêt, en ce sens qu'il pouvait alors, avec l'argent qu'il avait reçu, obtenir le même résultat que si ç'avait été quatre cents pièces d'un thaler. Il y aurait donc eu injustice de sa part à appliquer la règle de la valeur métallique, et à prétendre rendre un poids d'argent égal à celui qu'il avait reçu primitivement.

Quand, dans un pays où la monnaie d'argent est en circulation, on a fait un prêt en pièces d'or, sans réserver expressément un remboursement en or, il faut que le débiteur rende à l'échéance autant d'argent qu'on pouvait en acheter à l'époque du prêt avec les pièces d'or qu'il a reçues. La baisse où la hausse de l'agio dans l'intervalle n'exerce donc aucune influence, et le créancier ne peut exiger ni le débiteur offrir en rembourse-

ment le poids d'or pur qui a fait l'objet du contrat.

Admettons même que, dans tous ces cas, les débiteurs aient pu prouver qu'ils avaient immédiatement enfoui l'argent prêté, et que, par conséquent, ils rapportaient intactes les mêmes pièces que celles qui leur avaient été données. Cette circonstance ne serait pas de nature à changer la décision : car ce serait bien arbitrairement et à leurs propres risques et périls qu'ils auraient fait de la monnaie un usage aussi contraire à sa nature et à sa destination, qui est d'être dépensée, et non d'être enfouie.

La règle commune à tous ces cas est donc, en supposant que l'étalon monétaire soit l'argent, que le remboursement doit mettre le créancier en état de se procurer autant d'argent pur que le débiteur aurait pu s'en procurer à l'origine au moyen du prêt à lui consenti. — Dans les pays, au contraire, où c'est l'or qui est la base du système monétaire, il faut fournir au créancier le moyen de se procurer autant d'or pur que le débiteur pouvait en acheter à l'origine avec la monnaie donnée en prêt, sans distinguer si le prêt a été fait en or, en argent ou en papier.

Il est utile d'ajouter encore ici une observation particulière sur le changement assez fréquent du

titre des monnaies (§ 40), changement qui consiste toujours à passer à un titre plus faible et jamais à un titre plus fort. Ce fait ne peut, à vrai dire, apporter aucune modification essentielle dans le système monétaire, ni être un motif pour révoquer en doute les règles que nous avons exposées plus haut, ou pour les interpréter autrement. La seule différence effective qui résulte de ces changements, c'est que les expressions *thaler* ou *florin* n'ont plus désormais tout à fait la même signification que celle qu'elles avaient auparavant; en sorte qu'on doit simplement se mettre en garde contre l'erreur qui consisterait à croire qu'on peut rembourser avec cent thalers nouveaux un prêt en vertu duquel on a reçu cent thalers de l'ancienne monnaie. Il faudrait donc, en tenant compte des changements intervenus dans le titre des monnaies, que le débiteur qui a reçu cent thalers remboursât, après la transformation du titre du florin de 20 en 21 (comme en 1840 en Saxe), cent cinq thalers (par conséquent la somme primitive avec un supplément de cinq pour cent); de même quarante-neuf florins pour un prêt de quarante-huit florins après la transformation du titre du florin de 24 en 24 $^1/_2$ dans le sud de l'Allemagne en 1838 (§ 40).

Mais il faut encore ici faire entrer en considération une circonstance particulière, qui montre

que la règle que nous venons de poser n'est pas tout à fait suffisante. Une réduction dans le titre des monnaies n'est pas, la plupart du temps, une mesure absolument arbitraire ; mais elle a sa raison d'être dans un fait : c'est qu'on s'est aperçu qu'il s'était insensiblement mêlé à la monnaie véritable mise en circulation, beaucoup de monnaie dont la valeur est inférieure à celle qu'elle devrait avoir d'après le titre légal. Il faut alors avoir égard à la valeur courante que présentait en moyenne, avant le changement du titre, la monnaie qui circule dans le pays, ce qui nous amène à décider que, pour les dettes antérieures à ce changement, il faudra payer un nombre de thalers ou de florins un peu moindre que celui qu'on devait s'attendre à fixer, en suivant la règle que nous venons d'exposer.

C'est ainsi que les choses se sont passées lors des dernières modifications du titre des monnaies en Saxe. Dans ce pays il fallait, comme nous l'avons dit plus haut, s'attendre, après le changement du titre des monnaies, à payer un supplément de cinq pour cent pour les dettes antérieures. Mais une loi a réduit ce supplément à 2 ½ pour cent (*m*), en prenant en considération le taux

(*m*) Hoffmann, Zeichen der Zeit (Esprit du temps), p. 15-17.

moyen des valeurs qui circulaient antérieurement. Une loi de cette nature ne peut pas être raisonnablement confondue avec les lois sur le cours forcé, dont nous avons parlé plus haut en les blâmant. Elle présente, au contraire, un caractère de pure médiation à l'abri de tout reproche. Elle suppose la règle que nous venons d'énoncer et détermine simplement quel était, d'après des circonstances de fait, le taux de la valeur courante pour l'argent qui était en circulation antérieurement; elle facilite donc aux particuliers le règlement de leurs rapports pécuniaires. Et même, dans des hypothèses de ce genre, on ne pourrait, sans une semblable loi de médiation, compter que difficilement sur des décisions sûres et uniformes de la part des juges. — Dans le sud de l'Allemagne, on n'a pas eu égard, autant que je puis le savoir, au changement du titre des monnaies dans le remboursement des dettes, et cela pour un bon motif : c'est que ce changement n'a eu d'autre but que la reconnaissance de ce fait, que déjà, avant lui, le titre de 24 ½ florins s'était introduit, par suite de l'abondance excessive des mauvais kronenthaler. Ce fait est mis hors de doute par cette circonstance que, depuis fort longtemps, l'argent prussien était généralement reçu pour une valeur de beaucoup supérieure à sa valeur

nominale dans les pays où dominait le kronenthaler.

Je reviens maintenant à une observation que nous avons déjà, au début de ce paragraphe, prise pour base de notre recherche sur les règles de droit. Nous avons surtout à nous occuper ici de l'interprétation des actes juridiques, par conséquent nous devons rechercher quelle a été effectivement la véritable intention des parties intéressées.

Je crois que c'est précisément ce procédé qui conduit à reconnaître l'exactitude des règles de droit que nous venons d'établir. Et on peut démontrer la justesse de cette assertion à deux points de vue divers.

Elle conduit d'abord à reconnaître qu'il est conforme à l'intention vraie des parties de soumettre la décision de celles de leurs obligations dont l'objet est l'argent, à la règle de la valeur courante, et non à celle de la valeur métallique, encore moins à celle de la valeur nominale. Sans doute il n'y a que très-peu de personnes qui, dans la conclusion d'une affaire d'argent, se fassent une idée parfaitement claire de la différence entre ces diverses valeurs. Mais si on la leur fait

connaître, et qu'on leur en démontre les conséquences, elles se décideront presque toujours pour la valeur courante. — Toutefois il est possible que dans quelques cas très-rares on aperçoive chez les parties une intention contraire. Alors il leur est permis de consigner cette intention dans une convention spéciale, qui doit certainement recevoir son exécution (§ 43).

En second lieu, l'assertion que j'ai émise conduit encore à reconnaître que la valeur courante doit être déterminée d'après la volonté vraie des parties, ainsi qu'il est établi plus haut, en ce sens qu'il faut prendre pour base, comme terme invariable de comparaison, la valeur du métal précieux (par conséquent de l'argent, là où ce métal sert d'étalon monétaire), et non pas une autre valeur, par exemple celle du grain ou du travail (§ 41).

La preuve qu'il faut interpréter ainsi l'intention effective des parties résulte, selon moi, incontestablement de ces deux motifs :

C'est que d'abord, dans une affaire d'argent, chacun pense certainement à de l'argent considéré comme monnaie [1], et seulement comme telle,

[1] C'est par cette périphrase que nous croyons pouvoir rendre le plus clairement, en cet endroit, le sens du mot : G e l d. V. la note de la rubrique du § 40.

c'est-à-dire comme métal précieux formant la base du système monétaire.

Il y a encore un autre motif : c'est que lors de la conclusion d'affaires relatives à de l'argent considéré comme monnaie, on aura toujours en vue un dénouement qui devra se produire à une époque si rapprochée qu'il peut à peine être question d'un changement sensible dans le prix des métaux précieux.

Si nous examinons encore, en terminant, les conséquences purement pratiques des règles de droit que nous venons d'énoncer, nous n'apercevrons pas, dans l'immense majorité des cas, de raison propre à inspirer la moindre hésitation. Je veux cependant faire connaître les rares circonstances dans lesquelles quelques doutes pourraient s'élever.

Il arrive quelquefois, assez rarement cependant, qu'un prêt ne doit être remboursable qu'après un très-long espace de temps (par exemple, au bout d'un siècle). Dans ce long intervalle, des changements considérables peuvent s'être produits dans le prix des métaux précieux ; de sorte que le créancier peut recouvrer, au jour du remboursement, une puissance inférieure, au point de vue de la richesse, à celle qu'il avait à l'origine procurée au débiteur, en lui consentant un prêt d'ar-

gent. Mais cette modification ne s'est certainement opérée qu'avec une gradation bien marquée; et en prêtant un peu d'attention au développement que prenaient les rapports d'argent, le créancier aurait pu notifier sa demande en remboursement de sa créance[1], et éviter par là la perte. Puisqu'il n'a pas employé ce moyen, il s'y est soumis volontairement.

On voit se produire un résultat analogue à propos des rentes perpétuelles d'argent, lorsqu'elles ont été créées à une époque très-reculée. Et même ici, il est presque toujours impossible de faire la dénonciation à fin de remboursement, qui aurait pu écarter le préjudice. Aussi faut-il supporter ce dommage comme un malheur inévitable ; seulement il démontre le danger qui peut résulter en général de la nature de cette opération juridique.

§ 43.

IV. OBJET DE L'OBLIGATION. PRESTATIONS DÉTERMINÉES ET INDÉTERMINÉES. — ARGENT. RÈGLES DE DROIT (suite).

Les règles que nous venons d'énoncer (§ 42)

[1] M. de Savigny fait sans doute allusion à certains prêts à long terme dont le créancier peut exiger le remboursement, en notifiant à l'avance son intention au débiteur.

supposent de pures dettes d'argent, par conséquent des dettes dont l'objet est l'argent considéré comme monnaie.

A côté de ces dettes il y a quelques cas dans lesquels il est sans doute aussi question de monnaie, mais à un point de vue quelque peu différent; ce qui fait que ces règles deviennent tantôt complétement inapplicables, tantôt soumises à certaines modifications.

D'abord on peut considérer la monnaie comme toute autre propriété, par conséquent sans avoir égard à son caractère particulier de quantité. C'est ainsi qu'elle peut figurer comme objet de plusieurs contrats (par exemple, du commodat ou du dépôt), ou comme objet de la revendication, de l'usucapion, du vol. Mais la plupart de ces rapports de droit ne doivent recevoir une complète exécution que si on assigne à l'argent, au moyen d'une relation arbitraire avec d'autres objets, une individualité qui permet de le reconnaître, individualité qui lui manque en tant que simple monnaie, par exemple quand on l'enferme dans des rouleaux ou des bourses cachetées. Le caractère propre de la monnaie, susceptible de recevoir l'application des règles posées plus haut, ne reparaît dans des cas de ce genre que lorsqu'il s'agit d'une indemnité à payer à la place de la chose qui n'existe plus.

Il y a un cas qui s'éloigne encore davantage de la nature que nous avons attribuée jusqu'à présent à la monnaie : c'est celui dans lequel on traite les pièces de monnaie comme des marchandises. Cela se présente quand on recueille des monnaies pour des collections scientifiques, ou quand on achète de l'argent étranger ou démonétisé pour le fondre, etc.

Les règles que nous avons posées ne se rattachent pas à des principes absolus, mais admettent certains tempéraments : ainsi les parties restent libres de faire des conventions qui leur soient étrangères, ou même opposées.

Ainsi on peut sans difficulté convenir qu'un prêt fait en papier-monnaie sera remboursé en un nombre égal de thalers ou de florins de ce même papier, sans avoir égard à la valeur courante, soit égale soit différente, qui devrait servir de base à la restitution, d'après la règle que nous avons posée plus haut. Une convention de ce genre renferme une spéculation sur la hausse ou la baisse du cours, spéculation permise aussi bien que dans d'autres opérations aléatoires.

On peut aussi imaginer un prêt de cent florins d'un papier-monnaie, dont la valeur courante n'atteint que la moitié de la valeur courante de la monnaie métallique qui porte le même nom, con-

tracté avec la promesse de rembourser cent florins en monnaie de métal. Cette convention présente une identité parfaite avec celle d'un prêt de cinquante florins en monnaie de métal, pour lequel on promet de rembourser cent florins. On ne peut en aucun cas considérer les cinquante florins d'excédant comme une dette résultant du prêt (*a*); il y a là en réalité une promesse d'intérêts, et, dans le cas actuel, une promesse usuraire au plus haut point, avec toutes les conséquences qu'elle peut entraîner.

On rencontre très-fréquemment des conventions juridiques dans lesquelles on indique comme objet de la dette, non pas une somme d'argent avec la désignation usuelle en thalers ou en florins, mais une espèce de monnaie déterminée, par exemple cent thalers en pièces de 1 thaler. Ici il s'agit d'abord d'interpréter la convention, par conséquent de savoir quelle a été l'intention véritable des parties. Souvent elles n'ont d'autre but, en faisant cette détermination, que d'indiquer le titre de la monnaie, ou d'exclure des espèces de monnaie de bas aloi ou d'une valeur douteuse (comme par exemple du papier-monnaie). Mais si c'est bien en réalité cette espèce de monnaie spé-

(*a*) *L.* 17 *pr. de pactis* (2, 14). *L.* 11 § 1 *de red. cred.* (12, 1).

cialement indiquée, qui a été dans la pensée des parties, alors le débiteur est strictement obligé de la fournir.

A côté de ces cas peuvent encore se présenter les suivants, qui ont besoin d'être examinés de plus près.

Il peut y avoir plusieurs espèces de monnaie du même nom. Ainsi quand la promesse porte sur cent ducats, on peut aussi bien penser à des ducats autrichiens qu'à des ducats hollandais. Quand, dans cet endroit ou dans cette contrée, c'est une espèce de ducats qui est exclusivement ou principalement en usage, la convention doit s'entendre de celle-là. Si les deux espèces circulent sur un pied égal, on doit regarder la dette comme une dette de genre (§ 39); alors le débiteur a le choix entre les deux; il peut donc choisir même la plus mauvaise (b).

A ce cas on peut encore en rattacher un qui se présente très-fréquemment dans les pays de thalers, et qui consiste à promettre une somme déterminée de thalers, en ajoutant « en or ». Cette convention signifie toujours qu'il faut payer en pistoles, chaque pièce représentant cinq thalers, en sorte que « mille thalers en or » veulent dire : « deux cents

(b) *L.* 34, *L.* 114 *de R. J.* (50, 17).

pistoles. » Mais comme il y a plusieurs sortes de pistoles (§40), le choix à faire entre elles doit se régler d'après le principe que nous venons de poser (note *b*). Dans les pays qui frappent des pistoles, il faudra toujours admettre la pistole indigène : ainsi, par exemple, en Prusse, le friedrichsdor (*c*). — Dans cette hypothèse, ce serait une erreur capitale d'avoir égard à la valeur courante de l'or (contre l'argent) : car l'intention des parties qui ont pris l'or pour base de leur convention a été sans aucun doute que la valeur élevée ou faible de l'or (le change contre l'argent) tournât au profit de l'une ou de l'autre des parties.

Que si l'espèce de monnaie indiquée dans la convention juridique a disparu du commerce, et par conséquent ne peut plus être fournie, il n'y a pas d'autre moyen que de se baser sur la valeur courante qu'avait cette espèce au moment de la conclusion de l'affaire. S'il n'est plus possible de découvrir cette valeur courante, à cause du long intervalle qui s'est écoulé, il faut prendre pour base la valeur métallique de l'espèce de monnaie qui a disparu : celle-ci, en effet, ne doit certainement pas s'éloigner beaucoup, ou même peut ne pas s'éloigner du tout de la valeur courante

(c) Allg. L. R. (Droit national général), I. 11, § 781.

(§ 42) — Leyser cite à ce propos l'hypothèse suivante, qui est quelque peu étrange. Du temps de l'empereur Charles V, on poursuivait en justice le paiement d'un très-ancien billet, qui portait sur 20,000 schlickenthaler (thalers de la principauté de Schlick). Mais ces thalers n'existaient plus, et il n'était même plus possible d'en créer de nouveaux, puisque les comtes de Schlick avaient transporté leur droit de monnayage à la couronne de Bohême. Le débiteur, fort tourmenté, s'adressa à l'Empereur, qui résolut la difficulté en permettant aux comtes de Schlick d'exercer encore une fois leur droit de monnayage, pour créer ces 20,000 thalers (*d*). — D'autres auteurs voient là une fable, et avec raison, car les comtes de Schlick n'ont commencé à frapper monnaie qu'en 1518, en sorte que sous le règne de l'empereur Charles V, il ne pouvait être question ni de la disparition des schlicken-

(*d*) Leyser, Sp. 529 med. 21. Lui-même donne une solution exacte à la question de droit, et il la fonde avec beaucoup de raison sur la *L.* 71 § 3 *de leg.*, 1 (30 un.). — Je suis porté à décider de même, non-seulement quand l'espèce de monnaie a complétement disparu, mais encore quand elle est devenue si rare, qu'il n'est possible de la changer qu'avec une perte très-considérable, comme cela s'est présenté dans quelques contrées avec les speciesthalers (thalers d'espèce), qui avaient été l'objet de fréquentes promesses dans de très-anciennes conventions. Car il n'est certainement pas entré dans l'intention des parties qu'une circonstance aussi fortuite, et qui ne dut pas être prévue au temps du contrat, procurât au créancier un bénéfice hors de toute proportion. En ce sens militent aussi les expressions de la *L.* 71 *cit.* « vel immensum pretium ejus rei petere adfirmat. »

taler, ni de billets très-anciens s'appliquant à cette sorte de monnaie.

§ 44.

III. OBJET DE L'OBLIGATION. PRESTATIONS DÉTERMINÉES, INDÉTERMINÉES. — ARGENT. DÉCISIONS DES ROMAINS.

La recherche à laquelle nous venons de nous livrer sur les règles de droit qui gouvernent l'argent, n'a eu jusqu'à présent d'autre but que de déterminer la nature générale de l'argent, abstraction faite des sources de notre droit commun. Il encore reste à examiner si, par hasard, le droit romain contient des règles différentes.

De ce côté, il nous faut tout d'abord ne concevoir que des espérances très-bornées, et reconnaître même la complète impossibilité d'aller chercher chez les Romains des règles satisfaisantes et décisives. Car ce qui manquait à ce peuple, ce n'étaient pas seulement les enseignements si variés qui résultent de notre contact avec les autres peuples, enseignements que nous mettons à profit depuis des siècles; c'étaient encore deux des éléments les plus importants de notre système monétaire, qui leur étaient complétement inconnus : le papier-mon-

naie et le développement des relations commerciales extérieures, éléments qui donnent avant tout à la valeur courante sa signification précise et son importance.

Cependant les renseignements que nous trouvons dans le droit romain restent encore au-dessous de cette attente bien faible : à proprement parler, ils sont nuls. En effet, les arguments que plusieurs écrivains ont cherché à tirer des textes du droit romain, en faveur de leur opinion reposent sur cette espèce d'intepprétation arbitraire, qui consiste précisément à introduire dans le texte ce qu'on veut prouver.

Je vais présenter dans leur ordre les textes dont on a tiré profit pour notre question.

I. *L.* 99 *De solut.* (46, 3), *Creditorem* non esse cogendum *in aliam formam* nummos accipere, si ex ea re damnum aliquid passurus sit (*a*).

La Florentine lit : *Debitorem,* et si on suit cette leçon, qui est soutenue par beaucoup d'auteurs, le texte n'aurait pas même un semblant de rapport avec notre question. Le sens serait alors celui-ci : Quand il y a eu convention de prêt, le débiteur ne peut pas être forcé d'accepter avec perte d'autre argent que celui qui lui a été promis. Mais

(*a*) Cf. Vangerow, p. 32, et les auteurs cités à cet endroit.

ce sens est juridiquement impossible ; car il suppose que le débiteur serait obligé d'accepter l'argent qui lui a été promis, ou tout autre, pourvu qu'il n'en éprouvât pas de dommage. Ceci est tout à fait inexact ; car le débiteur peut refuser d'accepter, uniquement parce qu'il change d'idée, ou qu'il satisfait ses besoins d'une autre manière ; ce qui résulte même déjà de cette idée que, dans tous les cas, il pourrait également, après avoir accepté l'argent, avertir le créancier qu'il va le rembourser et le rembourser effectivement, ce qui produirait absolument les mêmes conséquences que s'il n'avait jamais accepté les deniers (*b*).

Aussi faut-il décidément préférer la leçon : *Creditorem*, qui se trouve dans la Vulgate et chez Haloander ; le texte a trait au remboursement, et il doit (on le prétend du moins) être entendu comme donnant à notre question cette réponse, que le créancier n'est pas forcé de recevoir de l'argent plus mauvais que celui qu'il a donné primitivement. Mais en vérité, les expressions du texte sont si indéterminées, qu'elles ne disent même pas ce peu qu'on veut y trouver. Car que signifie *aliam* formam ? Ce pourrait être une espèce

(b) *L.* 30 *de reb. cred.* (12, 1), § 1, *L.* 11 *pr. qui pot.* (20, 4). *L.* 4 *quæ res pign.* (20, 3). *L.* 9.

différente de métal (ou ou argent) (*c*), ou encore une modification dans la valeur, en supposant un nouveau titre de monnaie. En outre que signifie : aliam *formam?* La eadem *forma* qu'on suppose se rapporte-t-elle à la monnaie que le débiteur a reçue originairement (par conséquent à un prêt), ou à la promesse qu'il aurait faite d'une espèce de monnaie déterminée? Ici tout est incertain, et le seul point que nous puissions, avec assez de vraisemblance, tirer du texte, est celui-ci : Paul ne voulait pas que le créancier souffrît quelque injustice. C'est cette proposition seule que nous pouvons déclarer conforme au texte.

II. *L.* 1 *de contr. emt.* (18. 1)... electa materia est? cujus publica ac perpetua æstimatio difficultatibus permutationum *æquilitate quantitatis* subvenerit.

C'est à peine si l'on pourrait croire que ce texte renferme une décision applicable à notre question. Ce qui le rend susceptible de cette interprétation, c'est uniquement parce qu'on applique l'expression *quantitas* à la valeur nominale indiquée par le maître des monnaies (*d*). Il suffit de faire encore un pas dans cette voie pour apercevoir dans le

(*c*) C'est ainsi que le texte est compris par Cujas in *L.* 59 *de V. O.* (Comm. in tit. D. de V. O.)

(*d*) Mees, de vi mutatæ monetæ, p. 39-42.

texte le cours forcé attaché à la valeur nominale; alors, en effet, le texte donne une réponse à notre question de droit; seulement nous ne pouvons pas oublier que cette réponse ne vient pas de Paul, mais que c'est nous qui l'introduisons dans le texte. Car la très-juste explication que Paul donne effectivement de la nature essentielle de l'argent est aussi bien applicable alors que nous ne regardons pas le juge comme forcé de s'attacher à sa valeur nominale.

III. *L.* 1 *C. de vet. numism. pot.* (11, 10) (*e*).
Solidos veterum principum veneratione formatos ita tradi ac suscipi ab ementibus et distrahentibus jubemus, ut nihil omnino refragationis oriatur, modo ut debiti ponderis sint et speciei probæ : scituris universis, qui aliter fecerint, haud leviter in se vindicandum.

Cette loi consacre, à la vérité, un cours forcé, et même sanctionné par la menace d'une peine, circonstance qui ne se présente presque jamais à une époque plus récente dans des cas analogues. Mais elle n'établit en aucune façon le cours forcé

(*e*) Le texte est des empereurs Valentinien et Valens. — Textes importants à comparer à celui-là: Paulus, v, 25, § 1, *L.* un. C. Th. si quis sol. (9, 22) avec le commentaire de J. Godefroy ; enfin Nov. Valent., tit. 14, ed. Hænel (Theod. 25, ed. Rittersh).

comme un principe général destiné à protéger une valeur nominale quelconque, et surtout à mettre en circulation une mauvaise monnaie qu'on aurait récemment frappée; elle se borne à une prescription applicable à un cas tout particulier qui ne se présentera jamais chez nous sous cette forme. Elle suppose que certaines personnes ne voulaient pas recevoir par caprice ou préjugé les pièces d'or émises par les empereurs précédents, bien qu'elles eussent le poids voulu; et elle veut les forcer à les accepter sous la sanction d'une peine. Ce qui prouve qu'elle n'a pas d'autre intention, et notamment qu'elle n'a pas d'intention financière, c'est l'exception équitable admise pour les monnaies qui n'auraient pas le poids voulu, et, par suite, le rejet des pièces usées ou rognées. Ce texte reconnaît la valeur métallique, qui, dans des cas de ce genre, concordera presque toujours avec la valeur courante.

IV. *L.* 2 *C. de vet. numism. pot.* (11, 10) (*f*).

> Pro imminutione, quæ æstimatione solidi forte tractatur, omnium quoque pretia *specierum* decrescere oportet.

On se figurerait difficilement les explications

(*f*) Des mêmes empereurs, comme le texte précédent, et sans doute de l'an 367. J. Gothofredi chronologia, p. LXXX.

absolument arbitraires et forcées qu'on a essayées sur ce texte. Ce qui est décisif ici, c'est la signification de l'expression : *species*.

Species signifie, entre autres choses, une quantité autre que de l'argent comptant, spécialement du grain ou même des plantes, en sorte qu'on peut l'entendre surtout de marchandises (*g*). Si on prend le mot dans ce sens, le texte voudrait dire que, s'il y a baisse dans la valeur des pièces d'or (à cause d'un titre monétaire trop faible), il faudra admettre une diminution proportionnelle dans le prix nominal des marchandises. Comme cela serait trop évidemment un non-sens, attendu que ce serait précisément le résultat opposé qui devrait se produire, on pourrait peut-être encore essayer le détour suivant. Le prix nominal des marchandises ne doit pas subir de modifications, de sorte que le vendeur obtient autant de pièces d'or qu'auparavant, mais une quantité d'or inférieure en poids. Alors la loi donnerait une décision tout à fait impraticable sur le prix des marchandises. D'après ces deux explications, il est clair que le texte ne contiendrait pas de réponse à notre question de droit sur la valeur véritable de l'argent et sur les

(*g*) *L.* 26 *C. de usuris* (4, 32). « ... vel specierum fœnori dationibus. » — *L.* 16 § 7 *de publicanis* (39, 4).

règles juridiques du remboursement des dettes d'argent (*h*).

Mais *species* a encore une autre signification ; ce mot désigne aussi les diverses espèces de monnaies (*i*). Alors voici ce que décide simplement et naturellement cette loi. Quand on décrète la fabrication du *solidus* à un titre plus faible, cette diminution doit porter aussi sur les autres espèces de monnaies; il faut donc toujours la considérer comme une modification générale de la monnaie, s'étendant à toutes les espèces, ce qui fait que le rapport réciproque qui les unit l'une à l'autre ne subit pas de changement (*k*). — Ainsi entendue, la loi signifie que la diminution légale du *solidus* doit toujours être considérée et exécutée comme une réduction générale du titre monétaire ; elle n'est donc qu'une instruction adressée aux em-

(*h*) Cujas cherche à arracher à la loi une reconnaissance de la valeur nominale pour le paiement des dettes (dans le Comm. sur les *tres libros*, à ce texte, et dans le Comm., du tit. D. de V.O., sur la *L.* 59 *de V. O.*). — Est encore bien plus forcée l'explication de J. Godefroy, qui admet sans aucun motif un changement du poids en lui-même (de la livre, et non de la monnaie). (A la *L.* 13 *C. Th de suscept.* 12, 6, et avec plus de détails encore dans une dissertation spéciale après la *L.* 1 *C. Th. de obl. vot*, 7, 24, t 2. Cod. Th. p. 461-467). Cette explication qu'il faut rejeter complétement se rattache à la *L.* 1 *C. Th. de ponderat.* (12. 17), loi d'ailleurs difficile et altérée, sur laquelle il faut comparer Naudet, *Changements de l'administr. de l'empire romain*[1], t. 2, p. 311, 312.

(*i*) *L.* 78 § 1 *de her. inst.* (28, 5) « nummis Titio legatis, *nummorum specie* non demonstrata. »

(*k*) Cf. Hotomani, quæst. ill. Qu. 15 in fine. — Cette explication est aussi en partie celle de Bynkershoek, observ. II, 22.

[1] En français dans l'original.

ployés des monnaies, et elle n'a aucun rapport avec notre question.

On pourrait encore essayer de se fonder sur la pratique de la république, alors qu'au commencement du sixième siècle le titre de la monnaie de bronze tomba en peu de temps à 1/6, 1/12, 1/24 de sa valeur primitive (*l*), en sorte que les dettes antérieures pouvaient se rembourser à la valeur nominale de la nouvelle monnaie qui était plus faible (par conséquent avec le cours forcé). Mais celui qui voudrait découvrir, au moyen de ce procédé, d'ailleurs complétement arbitraire, l'expression d'une règle de droit, celui-là devrait aussi chercher à découvrir une règle de droit dans les *novæ tabulæ*, que nous rencontrons ensuite, règle qui serait certainement bien difficile à formuler.

Nous trouvons plus de renseignements que dans les textes cités ici, dans un texte du droit canon, qui, sans doute, n'établit pas de règle générale, mais qui, dans un cas particuier, applique des principes exacts (*m*). Un vieil impôt s'élevait à 3 *denarii papienses*, qui alors équivalaient à 9 *denarii lu-*

(*l*) Plinus, hist. nat., xxxiii, 13.

(*m*) *C.* 20 *X. de cens.* (3, 39). *Cf.* le passage moins précis, *C.* 26 *X. eod.*

censes. Mais plus tard le *denarius lucensis* tomba aux $^{3}/_{5}$ ou aux $^{3}/_{6}$ de sa valeur primitive (apparemment à la suite d'un changement dans le titre des monnaies). Le pape décide que le débiteur aura à l'avenir à acquitter ou 3 *denarii papienses* (dont la valeur n'avait pas changé), ou un nombre de *denarii lucenses* calculé d'après leur valeur actuelle (par conséquent, dans ce cas, un nombre de pièces plus grand).

§ 45.

IV. OBJET DE L'OBLIGATION. PRESTATIONS DÉTERMINÉES, INDÉTERMINÉES. — ARGENT. AUTEURS.

Je veux maintenant rendre compte de l'attitude de nos écrivains dans la question traitée ici (*a*). Il faut pour la plus grande partie les classer d'après les trois valeurs de la monnaie que nous avons déjà énumérées plus haut; toutefois on doit en mettre à part quelques-uns, dont l'opinion est ou obscure, ou chancelante et indécise.

I. Défenseurs de la valeur nominale comme base de toute dette d'argent. Le résultat pratique de

(*a*) Beaucoup d'auteurs sont cités par Glück, Pandekten, t. 12, § 783, et par Hufeland, p. 38.

cette opinion consiste dans le devoir pour le juge de prononcer, sans distinction sur toute dette d'argent, un jugement semblable à celui qu'il serait contraint de rendre, si la valeur nominale était protégée par une loi sur le cours forcé de l'argent.

A cette classe appartiennent presque tous les anciens auteurs, notamment Cujas, dans les passages déjà cités plus haut (§ 44, *h*).

Parmi les écrivains plus récents, il faut compter les suivants :

Branchu, Observ. de cas. 2, C. 14. Il se console des doutes que fait naître en lui l'iniquité des résultats, par cette pensée que le prince, de qui émane la monnaie, sera responsable de tout le préjudice.

Voet, lib. 12, c. 1, num. 24. Il ne fait qu'une exception, pour le cas où la convention fait porter l'obligation sur un certain nombre de monnaies d'une espèce déterminée.

Averanii Interpretat., lib. 3, C. 11, 12.

Pfeiffer, Praktische Ausführungen (Développements pratiques), t. 1. num. VII, § 4, 6, 8. Il s'oppose expressément à l'admission de la valeur métallique et de la valeur courante.

Vangerow, p. 33.

On peut encore ranger dans cette classe Pothier et Merlin, dont il sera question plus bas

(§ 47) à propos du droit français: car ces auteurs fondent leur théorie sur le droit commun.

II. Défenseurs de la valeur métallique.

La doctrine de ces auteurs doit être surtout regardée comme une opposition formelle à l'admission de la valeur nominale; ce n'est qu'à ce point de vue qu'on peut être d'accord avec eux. La circonstance principale qui fait que ces auteurs (notamment Puchta) ne veulent pas reconnaître la valeur courante, c'est la confusion suivante dans laquelle ils sont tombés. Une espèce déterminée de monnaie peut se trouver dans un rapport variable avec le prix des marchandises, et on ne peut pas prendre ce fait en considération dans la décision à rendre sur une dette d'argent (§ 41), parce que le prix variable de chaque marchandise est soumis à des événements tout particuliers et tout fortuits. Mais la même espèce de monnaie se trouve aussi dans un rapport (variable autant que possible) avec le prix de l'argent pur; c'est dans ce rapport tout différent que consiste la valeur courante pour chaque espèce de monnaie, et c'est cette valeur qui constitue le principe véritable d'après lequel il faut juger les dettes d'argent.

En tout cas, cette opinion n'est susceptible de s'appliquer qu'aux dettes qui portent sur de la monnaie de métal, et il y a lieu de reprocher à ses

défenseurs d'avoir passé complétement sous silence le papier-monnaie, pour lequel cependant ils devraient aussi donner une règle quelconque, alors même que la règle qu'ils appliquent à la monnaie de métal serait véritable.

A cette classe appartiennent les écrivains suivants :

Seger, Opuscula, num. IV, toutefois avec une certaine tendance à adopter la valeur courante (p. 177-180).

Gianrinaldo Carli, diss. 8, Opere, t. 7, Milano, 1785, 8, p. 272-364.

Puchta, Pandekten, 1re édit. (1838), § 203 4e édit., § 38, et Vorlesungen (Cours publics), § 38. Aux observations présentées plus haut d'une manière générale contre son système, vient encore s'ajouter cette remarque qu'il attache une importance trop exclusive au simple changement du titre de la monnaie ; car ce n'est là ni l'unique, ni même la plus importante modification qui puisse se présenter dans le système monétaire.

III. Défenseurs de la valeur courante.

Betrachtungen über das Recht bei der Bezahlung in veraenderten Münzen. (Réflexions sur le droit relatif au paiement en monnaies altérées) ; Brunswick et Hildesheim, 1764, 4. § 47, 66, 68, (d'un auteur anonyme).

J, G. Dietze, Versuch einer münzwissenschaftlichen Beantwortung der Fragen ; wie ist eine Geldschuld abzutragen ? u. s. w. (Essai d'une réponse monétairement scientifique aux questions : Comment faut-il acquitter une dette d'argent , etc. ?) Francfort-sur-le-M., 1791, 8 (surtout § 32, 36-38, 54-57, 168-172, 239 , 240).

Koch, Forderungen (Droits de créance), t. 1, § 6-8, cf. son Lehrbuch (Manuel), § 456-458.

G. Hufeland, über die rechtliche Natur der Geldschulden (Sur la nature juridique des dettes d'argent), publié récemment par A. Hufeland, conseiller au tribunal de la ville ; Berlin, 1851. (La première édition, sous le titre : Consultation juridique sur la décision des questions de droit qu'a soulevées la dépréciation des billets de banque dans le Tyrol, 1807, n'était pas dans le commerce.) De tous les écrivains qui ont traité ce point, je n'en connais aucun autre qui expose d'une manière aussi claire et aussi convaincante la nature juridique des dettes d'argent. Aussi le fils de ce digne écrivain s'est-il décidé, sur ma prière, à publier cette nouvelle édition.

W. C. Mees, de vi mutatæ monetæ in solutionem pecuniæ debitæ. Roterodami, 1838, 8. — Au premier abord, il semble que l'auteur de cet écrit, très-riche d'enseignement, veuille adopter comme

base la valeur métallique (Cap. 4.) Mais en réalité il ne l'admet que pour le cas d'un système monétaire régulier et normal. Dans cette hypothèse, la valeur métallique et la valeur courante seront en parfait accord, et il ne s'élèvera aucune contestation juridique. Au contraire, au cas de perturbation dans le système monétaire (*in conturbata moneta*), hypothèse qui seule peut soulever une contestation juridique, et exige une règle pour la résoudre, il soutient d'une façon claire et décisive qu'il faut prendre pour base de la solution la valeur courante (Cap. 5, p. 35).

IV. Enfin les auteurs qui suivent s'expriment en des termes si vagues et si hésitants, qu'on ne peut, avec certitude, les ranger dans aucune des classes ci-dessus.

Stryk, lib. 12, tit. 1, § 12.

Müller, ad Struv., lib. 12, tit. 1, § 29-33.

Coccejі, lib. 46, tit. 3, qu. 5. Il prend d'abord expressément pour base la valeur nominale, mais ensuite il introduit une exception pour le cas où le créancier a un intérêt opposé. Or en dehors de ce cas il n'est pas besoin d'une décision judiciaire.

Glück, Pandekten, t. 12, § 783.

Mühlenbruch, § 375. Il se rattache d'abord à Pfeiffer : il défend donc d'abord la valeur nomi-

nale; mais ensuite il semble revenir à la valeur courante.

Unterholzner, t. I, § 113-115.

Le lecteur qui serait disposé à reconnaître l'exactitude de la théorie que nous avons exposée ici pourrait trouver singulier que la grande majorité des auteurs ait suivi une voie tout opposée, et cette contradiction apparente a besoin d'une explication particulière, pour ne pas laisser le moindre doute sur la justesse de cette doctrine. J'en cherche la cause moins dans une différence fondamentale des idées juridiques, que dans cette circonstance que la plupart des écrivains ont négligé de se faire une idée bien saisissante et bien coordonnée de l'objet des règles de droit qu'ils avaient à exposer, et, par conséquent, du côté non juridique du système monétaire. C'est cette conviction qui peut me justifier d'avoir donné à ce côté de la question, dans l'introduction, à cette théorie, des développements plus étendus que ceux que semblerait réclamer une œuvre purement juridique.

§ 46.

IV. OBJET DE L'OBLIGATION. PRESTATIONS DÉTERMINÉES, INDÉTERMINÉES. — ARGENT. DROIT PRUSSIEN.

Le droit prussien donne sur l'argent des décisions de nature très-différente. Le Landrecht (Droit national général) renferme des principes généraux sur la manière de traiter les dettes d'argent ; il cherche donc à résourdre à sa manière cette question, dont nous venons d'essayer de donner la solution, en nous plaçant à un point de vue moins restreint. Mais on trouve, en outre, quelques lois plus récentes sur des espèces particulières de monnaie, et il s'agira surtout de rechercher jusqu'à quel point elles sont ou non d'accord avec les principes du Landrecht.

Pour comprendre exactement les principes contenus dans le Landrecht, il est nécessaire de se rendre présent à l'esprit l'état dans lequel se trouvait le système monétaire de notre pays au moment de la rédaction (1794) [1], état que les auteurs de ce droit avaient, par conséquent, devant les

[1] Voyez la note de la page 319 du tome Ier.

yeux. Les relations monétaires proprement dites reposaient sur la monnaie courante d'argent au titre de quatorze thalers, monnaie qui, depuis longtemps, avait été loyalement frappée sous trois espèces de formes (thalers, $1/3$ et $1/6$ de thaler), et qui partout était très-bien reçue. En outre, il y avait d'un côté une monnaie d'or très en vogue, le friedrichsdor, d'une valeur nominale de cinq thalers (le simple, le demi et le double); enfin de la monnaie d'appoint, partie en billon, partie en cuivre. Quant au papier-monnaie, il n'y en avait pas encore. — Ainsi, en somme, l'état du système monétaire pouvait passer pour satisfaisant. On ne voyait pas souvent surgir de controverses, et la législation pouvait s'empreindre d'une espèce de caractère théorique; car le besoin ne s'était pas fait sentir de venir au-devant de grandes difficultés et de graves abus pratiques.

Le seul côté faible de notre système monétaire était dans la monnaie d'appoint, non pas tant parce que la quantité d'argent qu'elle renfermait était au-dessous de la valeur nominale, que parce qu'on en avait émis dans des proportions démesurées, bien au delà des besoins véritables, de sorte qu'on s'en servait dans le commerce intérieur, en grande partie, comme monnaie courante, même pour faire des paiements assez considérables (§

40). Malgré cela, cet état, d'ailleurs vicieux, ne s'était pas encore fait sentir comme un mal réel : car on recevait, sans difficulté, cette espèce de monnaie dans le commerce pour sa valeur nominale. Aussi ne trouve-t-on même pas dans le Landrecht de décision destinée à prévenir pour l'avenir les conséquences possibles de ce système défectueux.

Les dispositions du Landrecht portent d'abord sur le prêt (*a*) ; mais il est ordonné ailleurs qu'elles s'appliqueront aussi aux autres espèces de dettes d'argent (*b*). Le Landrecht contient les prescriptions suivantes pour le cas où, dans l'intervalle entre la naissance de l'obligation et son paiement, il surviendrait des changements dans le système monétaire. Ces changements peuvent se manifester :

I. Dans la valeur courante.

Cette valeur doit par exception être prise en considération dans les cas suivants, très-rares et comparativement moins importants : quand l'enga-

(*a*) Elles se trouvent dans le titre onzième de la première partie du Landrecht. Une d'elles dit que tout prêt doit être remboursé dans la même espèce de monnaie, dans laquelle il a été contracté, I, 11, § 778. Ici on entend par espèces différentes de monnaies seulement des métaux différents : ainsi un prêt fait en or ne devait pas être remboursé en argent, un prêt fait en argent ne devait pas l'être en billon (en monnaie d'appoint). Des pièces différentes de la monnaie courante (thaler $^1/_3$, $^1/_6$) ne sont certainement pas regardées ici comme des espèces distinctes de monnaie.

(*b*) L. R. I., 16, § 82.

gement porte sur de l'argent étranger, ou sur de l'argent qui est mis hors de cours, ou qu'on ne peut plus se procurer (*c*). En dehors de ces cas, et par conséquent en règle générale, il ne faut pas avoir égard à la valeur courante (*d*).

Il faut en principe blâmer cette décision : car c'est précisément la règle inverse qui est conforme à la nature de l'argent (§ 42). Mais on peut presque certainement affirmer que les auteurs de la loi n'avaient en vue aucun des cas pour lesquels la véritable règle présente de l'importance, et que par conséquent ils n'avaient pas l'intention d'exclure cette règle, bien que les expressions de la loi conduisent cependant à cette exclusion. Ils pensaient sans doute à des cas plus secondaires : par exemple, au cours très-variable de l'or relativement à l'argent; puis aux fluctuations légères et passagères du cours, entre des espèces de monnaie également bonnes, telles qu'elles se produisent chez les changeurs, quand par hasard une espèce de monnaie, plus demandée en certains lieux, y est plus rare.

La nécessité pratique de prendre en considération les applications importantes de la valeur cou-

(*c*) L. R. I., § 11 785, 786-788, 789-791.

(*d*) L. R. I., 11, § 792.

rante (on serait maintenant en mesure de décider de leur admission ou de leur rejet) ne s'était pas encore fait sentir jusque-là. Cependant on aurait bien pu prévoir la possibilité d'une application de ce genre, si on avait réfléchi que la quantité excessive de monnaie d'appoint de bas aloi, en circulation, pourrait facilement amener une baisse générale dans le cours de cette monnaie; en effet, ce résultat s'est produit peu d'années après, comme conséquence, il est vrai, de la guerre désastreuse qu'on ne pouvait pas prévoir alors.

II. Dans la valeur métallique.

Cette valeur n'a été prise en considération que dans un cas unique, celui qui présente en lui-même le moins de difficultés : c'est celui dans lequel on modifie dans son ensemble le titre de la monnaie. Alors toute dette, ayant pris naissance antérieurement, doit être remboursée dans la monnaie du même nom, mais il faut augmenter le nombre des pièces de monnaie dans la proportion qui existe entre le titre ancien et le titre nouveau (e). A l'inverse, il n'est pas fait mention du cas dans lequel, tout en maintenant dans son ensemble le titre de la monnaie, on se bornerait à

(e) L. R. I., 11, § 787.

frapper une certaine espèce de monnaie avec un autre métal que celui qu'on employait jusque-là.

III. Dans la valeur nominale.

C'est à cette hypothèse que se rapporte la décision la plus importante, dont le sens a été l'objet de graves controverses. Elle est immédiatement précédée de la disposition que nous avons déjà citée plus haut (note *c*), et qui porte que, quand l'espèce de monnaie qui faisait l'objet de l'obligation a été mise hors de cours, le paiement doit se faire en une autre espèce de monnaie, mais en tenant compte de la différence qui existe entre la valeur de l'ancienne monnaie à l'époque du contrat, et celle de la nouvelle monnaie à l'époque du paiement (*f*). C'est à cette décision que se rattache notre texte, dont voici les termes (*g*).

> Quand l'espèce de monnaie, dans laquelle on a fourni les valeurs, n'est pas hors de cours, mais a subi seulement, sur l'ordre de l'autorité du pays, une réduction dans sa valeur externe, sans avoir éprouvé de modification dans sa valeur intrinsèque, le remboursement doit nécessairement être fait et accepté dans la même espèce de monnaie.

Pris à la lettre, ce passage indique uniquement

(*f*) L. R. I., 11, § 788, 789. (*g*) L. R. I., § 11790.

en quelle espèce de monnaie doit se faire le remboursement, et non pas en quelle quantité de pièces de monnaie de cette espèce. Aussi plusieurs auteurs l'ont-ils interprété en ce sens, qu'il statuerait uniquement sur l'espèce de la monnaie (par exemple, en distinguant l'or, l'argent, le billon (cf. note *a*), mais selon eux il admettrait et supposerait que la quantité de pièces devrait être la même, ou devrait être différente, suivant que le cours de cette monnaie se trouverait être semblable ou différent aux deux époques (*h*). D'après cette interprétation, le texte prescrirait pour l'argent, dont la valeur nominale a été abaissée, une règle absolument semblable à celle qui précède immédiatement pour l'argent qui a été mis hors de cours; il présenterait en outre un sens qui serait parfaitement conforme aux règles générales exposées plus haut.

Néanmoins, je regarde cette interprétation comme inexacte, et je crois qu'elle impose violemment à la loi une signification, qui est juste en elle-même, mais qui lui est étrangère. Le vé-

(*h*) Dissertation d'un anonyme dans la revue juridique et mensuelle de Mathis, t. 7, p. 24-44 (surtout p. 41). — Koch, Lehrbuch (Manuel), § 457, note 3-4 : dans ce dernier passage le § 790 est à tort confondu avec une loi postérieure. — L'opinion exacte se trouve dans Bornemann, Preuss. Recht (Droit prussien), t. 3, p. 167 (2e édit.).

ritable sens de la loi est plutôt celui-ci : Le remboursement doit se faire dans la même espèce de monnaie et avec le même nombre de pièces que celui qui a été fourni à l'origine, sans tenir compte du changement de la valeur nominale, ni de la bonification que pourrait procurer la différence entre le cours des deux époques. Si donc on fait un prêt de cent thalers, et qu'ensuite le thaler (sans nouveau monnayage) soit réduit par l'autorité du pays aux deux tiers d'un thaler, il faut, d'après le § 790, rembourser cent thalers, sans avoir égard au cours, qu'on devrait cependant (d'après les § 788, 689) prendre en considération, si, dans l'intervalle, le thaler avait été mis hors de cours. — Mes raisons à l'appui de cette interprétation sont les suivantes :

D'abord la loi, d'après l'interprétation des adversaires, serait absolument vide de sens. Car si l'on tient compte au créancier (comme ils le veulent) de la différence du cours, il lui est complétement indifférent de recevoir telle ou telle espèce de monnaie; il peut se contenter d'argent au lieu d'or, voire même de billon, puisque la bonification du cours lui permet de toucher exactement la somme qui lui est nécessaire pour obtenir, au moyen du change, l'espèce de monnaie qui lui conviendra, et pour atteindre la valeur courante qu'il a procu-

rée à l'origine au débiteur en lui faisant le prêt.

En outre, si on suivait l'interprétation des adversaires, il faudrait admettre, pour l'argent dont la valeur nominale a subi une baisse, la même règle que pour l'argent mis hors de cours (dont on a fait mention immédiatement auparavant). Mais alors il eût été beaucoup plus simple de dire expressément qu'ici il fallait appliquer le même principe, et, comme ce n'est pas ce qu'a fait la loi, il faut admettre que le législateur a voulu édicter ici une règle différente. — Toutefois cet argument serait en lui-même peu probant : car il repose uniquement sur le mode de l'expression de la pensée, à laquelle le hasard donne tantôt une forme tantôt une autre. Mais il acquiert une force toute particulière quand on compare le Landrecht (droit national) avec le dernier projet de Code. Le projet suit absolument la même marche que le Landrecht. Il décide d'abord pour l'argent qui est mis hors de cours, comme le Landrecht, que le remboursement doit se faire en tenant compte de la différence du cours (*i*). Puis il statue sur l'hypothèse de la réduction de la valeur nominale dans les termes suivants (*k*) :

(*i*) Projet de Code, part. 2, tit. 8, § 594. Ce texte correspond, en grande partie pour les termes, et tout à fait pour le sens, au L. R. I., 11, § 788, 789.

(*k*) Projet II, 8, § 595, traite le

Il en est de même quand l'espèce de monnaie qui a fait l'objet de la valeur prêtée n'est pas à la vérité hors de cours, mais a cependant été réduite par l'autorité du pays dans sa valeur externe.

La comparaison de ce texte avec notre passage du Landrecht, qui s'occupe du même cas, donne une grande force à l'argument que nous faisions valoir plus haut. Il en résulte clairement qu'on ne voulait pas, dans le Landrecht, donner la même décision (ainsi que le projet l'avait proposé), mais, au contraire, une décision directement inverse.

Cependant, si on pouvait encore conserver, après ces raisons, quelque doute sur le sens véritable du § 790, ce doute disparaîtrait complétement en présence de l'historique du paragraphe (*l*). Voici cet historique.

Contre le § 595 du projet que nous venons de transcrire, Gossler objecta que la valeur externe n'était d'aucune importance et était une pure chimère, que le poids et le titre (c'est-à-dire la valeur métallique) méritaient seuls de fixer l'attention. Suarez s'associa à cette ob-

même cas que le L. R. I., 11, § 790, mais en donnant une décision opposée.

(*l*) Handschriftliche Materialien (Matériaux manuscrits), vol. 80 (révision des *monitorum*), fol. 247.

jection dans les termes suivants, où il combat le § 595:

> Ce § me semble injuste et inique. Puisque (d'après une supposition faite antérieurement à titre d'exemple) ce n'est pas la valeur intrinsèque de l'argent de Graumann, mais seulement sa valeur externe qui a subi une modification (par exemple, il a été réduit dans la proportion de 90 pour cent), les cent thalers, argent de Graumann, ont aujourd'hui encore autant de valeur qu'il y a dix ans, et il faut admettre qu'on peut avec cet argent atteindre encore le même résultat qu'alors. Car la valeur externe que l'autorité du pays assigne à une espèce de monnaie n'a pas d'influence essentielle sur les *pretia rerum*. Si l'autorité dit aujourd'hui que le friedrichsdor ne doit valoir que 2 1/2 thalers, j'obtiendrai cependant toujours et incontestablement, pour un friedrichsdor, autant de marchandises qu'auparavant.

En présence de cette opinion, de laquelle est sorti assurément le § 790, on ne peut pas douter que, ainsi que je l'ai admis plus haut, la réduction de la valeur nominale doive n'exercer absolument aucune influence; d'où il résulte que d'après l'esprit de la loi, non-seulement l'espèce

de la monnaie, mais encore le nombre des pièces, devrait être tout à fait le même, que le remboursement se fît avant ou après la réduction de la valeur nominale (m). Et il est incontestable que, d'après le sens de la loi, il faudrait donner une décision semblable, alors même que l'autorité du pays, au lieu de réduire la valeur nominale, l'aurait augmentée : si l'on n'a pas cru devoir mentionner expressément cette hypothèse, il semble que c'est uniquement parce qu'elle ne se présente pas habituellement.

J'ai essayé de rassembler les décisions du Landrecht (Droit national) sur la condition des dettes d'argent, et j'y ai ajouté quelques applications particulières. Mais il reste encore à faire observer que le vice le plus grave consistait à avoir tacitement supposé que les modifications dans la valeur nominale, la valeur métallique et la valeur courante ne se présentaient jamais qu'isolément ; ce qui fait qu'on a négligé de prendre en considération le cas le plus fréquent et le plus important,

(m) Deux erreurs forment la base de la décision de Suarez : d'abord il se méprend sur la valeur courante qu'il considère comme le rapport d'une espèce de monnaie avec le prix (très-variable) des marchandises, au lieu de le comparer avec la valeur de l'argent pur. En outre, il suppose que la modification de la valeur nominale ne peut intervenir qu'isolément, au lieu que presque toujours le changement de l'une des valeurs se rattache au changement de l'autre (valeur nominale, valeur métallique, valeur courante). La seconde erreur peut être considérée comme une conséquence de la première.

celui dans lequel les changements de ces trois valeurs se rattachent l'un à l'autre (note *m*).

A l'occasion de cette critique, on pourrait élever la question de savoir s'il serait désirable que dans la rédaction d'un code le législateur fît ressortir les cas dans lesquels le système monétaire de son pays contiendrait des principes vicieux, ou pourrait plus tard en contenir; ou même le cas dans lequel le fléau d'une grande guerre pourrait jeter une perturbation générale dans les relations. Car ce sont précisément ces cas, nous l'avons montré plus haut, qui amènent un trouble grave dans le système monétaire, et donnent matière à des doutes et à des controverses, qui ne s'élèvent guère, en d'autres circonstances. — Personne ne désirera des décisions de ce genre dans un code; tout au contraire, il ne doit pas renfermer de décisions qui, dans des cas aussi déplorables, peuvent entraîner des conséquences iniques. Il faut donc que le législateur ou bien ne donne aucune règle sur les dettes d'argent, en laissant tout à la sagacité du juge, peut-être en l'aidant, dans certains cas, au moyen de lois spéciales, ou il faut qu'il se borne à poser les principes les plus généraux et les plus incontestables, parmi lesquels figure notamment la reconnaissance de la valeur courante comme base de la décision à donner sur les det-

tes d'argent ; on pourra, du reste, parfaitement constater le principe dans cette forme, afin de ne pas l'énoncer d'une manière par trop abstraite.

Le jugement que nous venons de porter ici sur les décisions contenues dans le Landrecht s'est confirmé dans le premier cas important et difficile qui s'est présenté peu de temps après la mise à exécution de ce Landrecht : les groschen, qui devaient servir de monnaie d'appoint, mais dont l'émission s'était faite dans des proportions démesurées, s'étaient, pendant le temps de calme, maintenues longtemps, contre toute attente, au niveau de la valeur de la monnaie courante, et ils avaient été employés, concurremment avec cette monnaie dans le commerce intérieur, même pour faire des paiements très-considérables. Après les désastres de la guerre de 1806, ils se déprécièrent de plus en plus ; le gouvernement fut obligé de les réduire d'abord aux $^2/_3$, puis aux $^4/_7$ de leur valeur nominale, et enfin de les changer et de les fondre en totalité (§ 40). Dans l'intervalle s'éleva la question de savoir comment on devait payer les dettes qui avaient été contractées en groschen par suite de prêts avant la réduction. Comme ces groschen n'avaient subi de modification que dans leur valeur nominale, et non dans leur contenu intrinsèque, il eût fallu, d'après le vrai sens du § 790, faire

le remboursement avec un nombre de pièces de groschen égal à celui qui avait été donné au moment du prêt. Mais ici l'iniquité était par trop évidente. Aussi fut-il ordonné qu'un prêt de 24 groschen, contracté à une époque antérieure à la crise, devait maintenant être remboursé avec 36 pièces de ces mêmes groschen. Que si le prêt s'était fait dans l'intervalle, au moment où les groschen commençaient déjà à se déprécier, il fallait encore prendre pour base le cours en vigueur à l'époque du prêt (*n*).

Dans cette loi le seul principe exact était mis en application. D'ailleurs elle était qualifiée de Déclaration du § 790. Il ne faut pas se laisser tromper par cette expression, et croire que § 790 eût effectivement un pareil sens. C'en était plutôt l'abrogation avec effet rétroactif. Cet acte qualifié de Déclaration du § 790, qui fondait en un seul tout la nouvelle loi avec ce passage du Landrecht, avait une double signification. Il sanctionnait et mettait hors de doute l'effet rétroactif de cette disposition ; mais il en résultait en même temps que le principe qu'il posait devait recevoir son

(*n*) Déclaration explicative du A. L. R. (Dr. nat. gén.), part. 1, tit. 11, § 790, 771, et tit. 16, § 74, du 27 septembre 1808, Neue Ediktensammlung (Nouvelle collection des édits), t. 12, Berlin, 1822, p. 441. — Cf. dans Mathis, t. 7, p. 87, 187, 181, les tableaux qui ont trait à l'application de cette loi.

application non-seulement dans le cas particulier dont il s'agissait, mais encore dans tous les cas qui présenteraient à l'avenir un caractère analogue. La décision donnée dans ce cas spécial a donc été élevée à la hauteur d'un élément fondamental de notre législation générale et permanente. Aussi on peut affirmer que cette prétendue déclaration contient comme principe la reconnaissance de la valeur courante, dont l'application peut être faite dès à présent par la magistrature aux questions de tout genre qui pourront s'élever à l'avenir.

Quelques années après, les groschen étaient réduits aux $^4/_7$ de leur valeur nominale, et on attachait en même temps à cette valeur le cours forcé (*o*). Mais ce cours forcé ne produisait pas d'effets préjudiciables : car au même moment les caisses publiques échangeaient à ce taux les groschen, en sorte que cette espèce de monnaie disparut complétement au bout de peu de temps.

Ces événements successifs causèrent d'ailleurs de notables dommages à beaucoup de particuliers, et on peut reprocher au gouvernement d'y avoir coopéré par l'émission exagérée de la monnaie d'appoint. Toutefois, cette faute s'atténue si on remarque qu'il avait toujours été de notoriété que

(*o*) Edit du 13 décembre 1811, Gesetzsamml. (Collect. des lois), 1811, p. 373.

les groschen étaient frappés aux ⅔ de leur valeur nominale, et que personne n'était forcé de recevoir en paiement la monnaie d'appoint, sauf pour des sommes très-faibles (§ 40, *q*). Celui qui était attentif à ces deux points ne pouvait pas éprouver de préjudice sensible.

La législation prussienne, que nous avons développée jusqu'à présent, ne concerne que la monnaie de métal. Quant au papier-monnaie, le Landrecht n'avait aucune raison de s'en occuper, puisqu'alors il n'existait pas, et n'était pas même encore en projet.

Au contraire, il existait déjà à cette époque des titres de crédit de différente nature, tels que des Pfandbriefe (Bons hypothécaires), des actions dans des entreprises industrielles, etc. Ces titres ont avec la monnaie quelque analogie. Ils ont pour objet des sommes fixes, ils sont aussi la plupart du temps au porteur, et sont, comme la monnaie, soumis à un cours, et à un cours variable (*p*).

(*p*) Il est même beaucoup plus généralement question d'un cours à propos de ces titres qu'à propos de l'argent. Dans l'état normal du système monétaire on ne s'occupe pas du cours de la monnaie de métal ni du papier-monnaie, parce que ces deux espèces de monnaie sont toujours au pair, par conséquent à cent pour cent. Au contraire pour les titres, le pair est le cas de beaucoup le plus rare : ils sont presque toujours au-dessus ou au-dessous du pair, selon les intérêts qu'ils rapportent et les garanties qu'ils présentent.

Aussi quelques personnes les confondent-elles avec la monnaie, et les prennent-elles pour de la monnaie (*q*). Mais c'est là une idée fausse : car ils ont une nature et une destination tout autres que celles de la monnaie. Leur but n'est pas de servir à mesurer la valeur, ni à renfermer en eux en général une somme de richesse appréciée en tous lieux (§ 40). Il sont destinés d'un côté à rassembler dans un but déterminé des sommes d'argent, et de l'autre à servir de placements aux capitaux pour leur faire produire des intérêts.

Le Landrecht traite très-justement les titres comme de pures quantités qu'on peut comparer au grain. Un prêt fait en titres doit être remboursé en autant de titres de la même espèce, sans avoir égard à la différence de cours des deux époques; on ne doit prendre le cours en considération que quand les titres de ce genre ont disparu (*r*). Aussi un prêt de cette nature renferme-t-il une espèce de spéculation sur la hausse et la baisse du cours, alors même que dans le cas particulier les parties

(*q*) Quelques personnes refusent aux titres le caractère de monnaie par un motif très-faux, à savoir qu'ils ne seraient pas, comme la monnaie, munis du cours forcé. Mais nous avons déjà montré plus haut (§ 42) que le cours forcé ne tient pas à l'essence de la monnaie. Il sera question de cette opinion erronée dans le tome suivant, à propos des titres au porteur.

(*r*) L. R. (Dr. nat. I. 11, § 793-795). Le § 793 dit : « ou d'autres titres payables au porteur. » D'après ces expressions on pourrait vouloir rapporter la loi, même au papier-monnaie, qui a été créé plus tard : ce serait certainement une erreur, car le législateur n'y songeait pas et ne pouvait y songer.

pourraient avoir conclu l'opération dans un autre but. — Mais les parties peuvent encore donner à ce prêt une autre signification, à savoir, que le titre prêté devra être considéré comme de l'argent comptant qu'on prêterait (à un certain cours); alors l'opération tient de la vente et du prêt, et elle est permise en tant qu'elle ne cache pas un prêt usuraire (*s*).

Le papier-monnaie proprement dit a été introduit en l'année 1806, et accompagné du cours forcé (*t*). La législation fut assez variable sur ce point pendant quelque temps, en ce sens qu'on restreignit par mesure d'équité le cours forcé, en y mettant diverses conditions. En l'année 1813 le cours forcé fut supprimé pour toujours (*u*). Cette suppression fut opérée sans restriction et sans dispositions plus explicites, en sorte qu'au point de vue du papier-monnaie, tout est laissé à la libre appréciation du juge; car le Landrecht, comme nous l'avons dit plus haut, n'en parle pas. Aussi longtemps que l'état normal qui existe actuellement continuera, il ne se présentera pas sur ce

(*s*) L. R. I., 16, § 84. Cf. plus haut § 43, *a*.

(*t*) Le nom fut d'abord Tresorscheine (bons du trésor), puis Thalerscheine (bons de thaler), enfin Kassen-Anweisungen (mandats de caisse). — Création du 4 février 1806, Neue Ediktensammlung (Nouvelle collection des édits), 1806, p. 39.—Cf. la loi postérieure du 19 janvier 1813 (G. S. (Collection des lois), p. 6).

(*u*) Loi du 5 mars 1013 (G. S., p. 23). — Appliquée simplement plus tard aux mandats de caisse (G. S., 1824, p. 239).

point de controverse juridique. Si un jour des événements moins heureux devaient survenir, il faudrait, d'après ma conviction, juger, en prenant pour base la valeur courante, les obligations qui porteraient sur du papier-monnaie, ou qui auraient été contractées dans cette espèce de monnaie.

§ 47.

IV. OBJET DE L'OBLIGATION. PRESTATIONS DÉTERMINÉES, INDÉTERMINÉES. — ARGENT. DROIT FRANÇAIS.

En droit français, la valeur nominale de l'argent est admise de la manière la plus absolue, comme base exclusive des décisions à rendre sur les dettes d'argent, de sorte qu'il nous faut constater sur ce point une opposition remarquable avec les peescriptions du Landrecht (droit national) prussien (§ 46).

Ce principe est formulé dans l'*art.* [1] 1895 du *Code civil*, ainsi conçu :

> *L'obligation qui résulte d'un prêt en argent n'est toujours que de la somme numérique énoncée au contrat.*

[1] Les mots et passages imprimés en *italique* sont en français dans l'original.

S'il y eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement.

Si ce texte était seul, on pourrait peut-être éprouver encore du doute sur le point de savoir si le changement des espèces, mentionné dans la seconde phrase, devrait entraîner le paiement en un nombre de pièces suffisant pour atteindre le cours. Ce qui est remarquable, c'est que sur ce texte on ne trouve pas le moindre renseignement dans les discussions d'ailleurs si explicites du Conseil d'Etat, absolument comme si tout allait de soi en cette matière. — Mais les auteurs ne laissent pas le moindre doute sur ce point.

A leur tête se trouve Maleville, dont l'opinion a d'autant plus de poids qu'il était un des rédacteurs du code (a). Il dit que quand un débiteur a contracté un prêt en *pièces de* 6 *francs* [1], qui postérieurement (sans nouveau monnayage) ont été élevées par un décret à la valeur nominale de 12 *francs*, ce débiteur doit rembourser la moitié des pièces qu'il a reçues en cette monnaie. Cela

(a) Maleville, *analyse raisonnée*, t. 4. p. 39.

[1] Les mots en *italiques* sont en français dans l'original.

pourrait être injuste, mais la *raison d'État* l'exige ainsi.

Toullier adopte les mêmes principes dans deux passages de son ouvrage (*b*). Il dit : *On ne considère dans la monnaie que la valeur qui lui est donnée par le prince de chaque État.*

Merlin est encore plus clair et plus explicite (*c*). Chez cet auteur il est utile de signaler d'abord la terminologie. Il appelle valeur *réelle*[1] ou aussi *intrinsèque* ce que j'ai nommé valeur métallique, et valeur *numéraire* la valeur nominale (*celle qu'il plaît au prince de donner aux pièces de monnaie*). — Il appelle monnaie *nominale ou numéraire* la monnaie de compte (par exemple, *livre*), monnaie *réelle* la monnaie frappée en pièces véritables (par exemple, *écu*, *louis*). A ces expressions, il rattache les règles suivantes. Quand un prêt a pour objet 3,000 *livres* (monnaie de compte), que le débiteur reçoit en 1000 pièces d'un *écu*, mais qu'ensuite l'*écu* est élevé par le prince à une valeur nominale de *6 livres*, le débiteur doit payer 500 pièces d'un *écu*. Cette solution est hors de doute; car il la fonde sur beaucoup de

(*b*) Toullier, *droit civil*, t. 6, p. 628, t. 7, p. 73.

(*c*) Merlin, *répertoire*, *art. monnaie*, § I, IV, t. XI, p. 212-237 *éd. Paris*, 1827, 4, et *art. prêt*, § II, t. XIII (1828), p. 35. Le passage le plus important est p. 228 de l'article *monnaie*.

[1] Les mots en *italiques* sont en français dans l'original.

décisions judiciaires. — Si on avait donné formellement pour objet à ce même prêt 1000 *écus* (et non 3,000 *livres*), il faudrait appliquer absolument la même règle. Mais, dans ce cas, beaucoup d'auteurs et de jugements consacrent une autre opinion; d'après eux, on devrait dans cette seconde hypothèse rembourser 1000 *écus*. Merlin, pour fortifier son opinion, se fonde sur une *ordonnance*[1] du roi Philipe le Bel de l'année 1311 (*d*).

Ce qui est surtout important, c'est cette proposition de Merlin (*e*), que toute convention qui dérogerait à cette règle serait absolument nulle, notamment la convention qui dirait qu'un prêt de 100 *louis* devra être remboursé en 100 *louis* du même titre et du même poids sans s'inquiéter du

(*d*) L'*ordonnance*[1] est transcrite par Merlin, p. 229. Mais loin de parler d'un changement dans la valeur nominale, elle prohibe simplement les contrats usuraires, dans lesquels le débiteur promet le remboursement dans une autre valeur ou dans une autre espèce de monnaie, que celle dans laquelle le prêt a été fait. Alors elle dit : Volumus quod nullus teneatur solvere, nec quis creditor præsumat exigere... in majori valore quam in valore pecuniæ traditæ, *quantum videlicet valebat et currebat communiter juxta ordinationes nostras* tempore contractus. Ici il est précisément question de la valeur courante, et on pense aussi peu à une différence entre la valeur courante et la valeur nominale qu'à un changement de la valeur nominale.

(*e*) Merlin, *art. prêt*, p. 35[2]. — Mees, p. 82, 84, cite des auteurs plus récents, qui sont sur ce point d'une opinion différente, et lui-même croit que le juge pourrait bien sanctionner des conventions de ce genre.

[1] Les mots en *italiques* sont en français dans l'original.

[2] Cette opinion, qui n'est pas la nôtre, est défendue avec de grands développements par M. Troplong (*Prêt*, nos 229 et suiv., et surtout no 240).

changement que pourraient, dans l'intervalle, éprouver la valeur nominale.

Les décisions que nous venons de faire connaître comme étant celles de la législation et des auteurs français, sont en complète contradiction avec les règles sur la nature générale de la monnaie que nous avons déduites plus haut (§ 42). C'est là un motif tout particulier qui doit nous faire rechercher l'origine de ces décisions.

D'abord il nous faut examiner, comme nous l'avons fait plus haut pour le droit prussien, quel était l'état du système monétaire, en présence duquel se trouvait effectivement le législateur. Cet état était si satisfaisant qu'il ne laissait rien à désirer, et même l'avenir ne faisait, en apparence, entrevoir aucune cause de trouble. Un état également satisfaisant s'était maintenu pendant longtemps sans interruption avant la Révolution. Aussi, la décision légale que nous avons transcrite plus haut, si on la regardait comme exacte pour des motifs théoriques, pouvait-elle, même au point de vue pratique, paraître exempte de difficultés, et sembler, pour ainsi dire, une spéculation sans danger; bien plus, on pouvait, par la même raison, regarder comme superflue toute disposition législative sur ce point.

Mais, dans l'intervalle entre l'époque ancienne et l'époque moderne, il y eut l'époque de la Révo-

lution, pendant laquelle les assignats avaient, notamment en ce qui touche le système monétaire, produit les conséquences les plus désastreuses et exercé la tyrannie la plus violente (§ 41, *l*); les gouvernements d'alors avaient usé, en ce qui les concernait, du principe que le Code a établi comme devant toujours rester en vigueur. Par suite, et bien que le gouvernement, au moment de la rédaction du Code, pût avoir l'intention bien arrêtée de ne jamais renouveler un mal de cette nature, il y avait cependant, dans la terrible et toute récente expérience qu'on venait de faire, un motif suffisant pour soumettre le principe lui-même à un examen plus approfondi, au moins pour l'exprimer en une formule telle qu'il ne pût pas, à l'avenir, servir d'excuse à des abus du même genre.

S'il n'en a pas été ainsi, la raison en est toute historique; la voici :

P o t h i e r, qui mourut longtemps avant la Révolution (en l'année 1772), qui ne pouvait par conséquent pas songer aux assignats, mais qui avait devant les yeux un système monétaire dont l'état satisfaisant durait déjà depuis longtemps, pose de la manière la plus absolue les principes développés plus haut, bien qu'il reconnaisse formellement que le créancier pourra en éprouver du préjudice, en ce sens qu'il ne pourra avec l'argent qui lui sera remboursé acheter qu'une quantité de mar-

chandises inférieure à celle qu'il pouvait acheter avec l'argent qu'il a prêté. Il dit aussi, en termes exprès, que toutes conventions qui dérogeraient à ces principes seraient nulles(*f*). Les écrits de Pothier jouissaient d'un immense crédit à l'époque de la rédaction du Code (*g*); c'est ce qui explique que sa théorie sur les dettes d'argent soit passée directement dans le Code, bien qu'il eût écrit dans des circonstances toutes différentes de celles où on se trouvait; de sorte qu'on peut au moins mettre en doute le point de savoir s'il serait tombé dans une erreur semblable, en supposant qu'il eût eu à sa disposition les résultats fournis par la Révolution.

Pour excuser (et non pour justifier) le système qu'on a suivi lors de la rédaction du Code, on peut

(*f*) Pothier, *traité du prêt de consomption*, *p.* 1, *chap.* 3, *n°s* 36, 37. « *Dans la monnaie on ne considère pas les corps et pièces de monnaie*, *mais seulement* la valeur que le prince y a attachée. » Et plus loin: « *Car le prince* distribuant sa monnaie *aux particuliers pour leur servir de signe de la valeur des choses*, elle n'appartient aux particuliers que sous ce rapport... *toute convention doit être rejetée* comme contraire au droit public *et à la destination que le prince a faite de la monnaie* [1]. »

(*g*) Beaucoup de passages les plus décisifs de Merlin (note *c*) sont tirés textuellement de Pothier. — On pourrait trouver singulier que Merlin, dont l'ouvrage a paru pour la première fois en 1807, s'attache si fidèlement à un écrivain de beaucoup plus ancien que lui. Mais l'ouvrage de Merlin lui-même ne doit être considéré que comme une série de nouvelles éditions de l'ouvrage plus ancien de Guyot, qui avait déjà paru en 1777 et en 1784, et qui par conséquent fait partie d'une seule et même période avec les œuvres de Pothier. Cf. Camus, *Lettres sur la profession d'avocat*, *ed.* 4, *par* Dupin [1], t. 2, n° 1616.

[1] En français dans l'original.

encore invoquer la considération suivante, qui est purement pratique. Tant que le système monétaire est dans son état normal, la disposition législative qu'il consacre ne peut causer aucun mal. Que s'il survient des événements malheureux, violents, comme à l'époque de la Révolution, les lois les meilleures et les plus sages ne sont d'aucun secours contre l'injustice ; on édicte des lois spéciales avec effet rétroactif, sans avoir égard aux lois générales en vigueur jusque-là (*h*).

Pour être complet, il faut encore faire remarquer que la loi dont il s'agit ne porte que sur de pures dettes d'argent, dans le sens propre du mot : il ne faut donc pas l'appliquer à un prêt en barres de métal précieux (*i*), et encore moins à un dépôt d'argent, dans lequel on considère l'argent non pas comme de la monnaie, comme une quantité, mais comme toute autre propriété (*k*). De même il ne faut pas l'appliquer aux lettres de change, dans lesquelles on laisse plus de latitude à la libre volonté des parties (*l*).

La loi que nous avons examinée ici n'a d'ailleurs

(*h*) C'est Mees, p. 73-75, qui essaie d'excuser ainsi la décision du Code.

(*i*) *Code civil, art.*[1] 1896, 1897. Ce prêt est à bon droit traité comme tout autre prêt contracté en une quantité autre que de l'argent.

(*k*) *Code civil, art.*[1] 1932. — Cf. plus haut § 43.

(*l*) *Code de commerce art.*[1] 143. Cette décision qui s'écarte de l'*art.*[1] 1895 est une conséquence naturelle de ce que l'opération du change n'est pas un prêt.

[1] En français dans l'original.

pour objet que la monnaie de métal, bien que le principe qu'elle renferme puisse également s'appliquer au papier-monnaie. Quant à l'état du papier-monnaie en France, nous en avons déjà parlé plus haut à plusieurs reprises (§ 41, 42).

§ 48.

IV. OBJET DE L'OBLIGATION. PRESTATIONS DÉTERMINÉES, INDÉTERMINÉES. — ARGENT. DROIT AUTRICHIEN.

A l'époque de la rédaction du Code autrichien (1er juin 1811), le législateur se trouvait dans des conditions toutes différentes de celles que nous avons dépeintes plus haut pour le Landrecht (Droit national) prussien et pour le Code français (§ 46, 47). Il ne pouvait pas supposer un état satisfaisant du système monétaire pour le présent ni pour l'avenir; tout au contraire, l'Etat se trouvait au milieu des circonstances les plus difficiles par la baisse du papier-monnaie, qui persistait depuis longtemps, et c'est ce qui avait déjà, quelques mois auparavant, motivé une loi spéciale, dont les décisions étaient singulières et très-énergiques (§ 41, *m*). Il est donc tout naturel que le Code ne contienne pas de prescriptions particulières sur les points qui sont précisément les plus importants

dans la pratique, notamment sur la monnaie sonnante, les valeurs qui la suppléent et le prêt conclu avec une espèce de monnaie particulièrement déterminée; mais qu'il s'en réfère uniquement à la loi spéciale qui venait d'être promulguée peu de temps auparavant, et reproduise ses dispositions (*a*).

Puis le Code renferme une décision particulière, la seule qu'on puisse regarder comme un principe nouveau, pour le cas où la monnaie de métal éprouverait un changement dans sa valeur nominale, sans nouveau monnayage. Une modification de ce genre ne doit pas exercer d'influence sur le remboursement (*b*). Ce n'est que la répétition de la disposition développée plus haut (§ 46) du Landrecht (Droit national) prussien (I, 11, § 790).

A cette décision s'en rattache une autre pour le cas où l'espèce de monnaie dans laquelle le prêt avait été fait ne se trouverait plus en circulation. Alors le débiteur doit rembourser dans d'autres espèces, mais en faisant en sorte que le créancier recouvre la même valeur intrinsèque (valeur métallique), que celle qu'il avait originairement fournie par le moyen du prêt (*c*). Cette décision se rapporte aussi à une disposition du Landrecht

(*a*) Code, § 986, 987.
(*b*) Code, § 988.
(*c*) Code, § 989.

prussien sur la même question (V. plus haut § 46, *f*), cependant avec cette différence (assez peu importante) que par cette prescription le droit prussien veut arriver à reconstituer la valeur courante, et le droit autrichien la valeur métallique.

Ces décisions particulières présentaient encore moins d'importance et d'intérêt dans la loi autrichienne que dans la loi prussienne ; car il n'était pas possible de prévoir quand on pourrait revenir à une circulation métallique ; et même, pour le cas de ce retour, il n'était pas probable que le gouvernement trouverait nécessaire ou utile de changer la valeur nominale du zwanziger, etc.

§ 49.

IV. OBJET DE L'OBLIGATION. LIEU DE LA PRESTATION.

Les recherches auxquelles nous nous sommes livrés jusqu'à présent sur l'objet de l'obligation, ont porté sur la nature de la prestation, et sur les différences qui peuvent s'y rencontrer. Mais toute prestation, en tant qu'elle est un acte extrinsèque, ne peut se faire que dans un certain moment, et ce sont ces caractères de la prestation qu'il faut encore déterminer au moyen des règles de droit (§ 28).

Sur le l i e u de la prestation, j'ai déjà eu ailleurs l'occasion de m'expliquer en détail (*a*), et, en renvoyant à ces développements antérieurs, il m'est permis d'être ici plus bref.

La question de savoir quel est le lieu véritable de la prestation concerne aussi bien l'activité du créancier que celle du débiteur. Relativement au créancier, il faut déterminer dans quel lieu il peut exiger l'acte obligatoire et contraindre à son exécution; relativement au débiteur, il s'agit de fixer en quel lieu il peut offrir spontanément la prestation, de telle sorte que le créancier doive se tenir pour satisfait.

Avant tout il faut distinguer deux espèces d'actes, qui peuvent figurer comme prestations dans une obligation.

Certains actes se rattachent par leur nature à un lieu déterminé dans l'espace, de telle sorte qu'ils ne peuvent être conçus qu'autant qu'ils sont accomplis dans ce lieu, et que tout déplacement qu'on essaierait de leur faire subir en ferait des actes tout différents. A cette classe appartient la tradition d'un immeuble déterminé, ainsi que le travail à exécuter sur un fonds, notamment la construction d'un bâtiment sur ce fonds. De

(*a*) C'est ce que j'ai fait en m'occupant du droit local et de la compétence en matière d'obligations. Système, t. 8, § 370, 371.

même pour le travail dans un établissement commercial ou une fabrique, qui a une position fixe. Pour les prestations de cette nature, le créancier ne peut les exiger en un autre lieu, le débiteur ne peut les acquitter en un autre lieu, parce que l'acte qui interviendrait ainsi, tout en présentant les mêmes caractères (par exemple, la construction d'une maison), serait un acte complétement différent.

Tous les autres actes ont une nature indéterminée, au point de vue du lieu, de sorte qu'on peut indifféremment les exécuter partout, sans en changer l'essence. A cette classe appartient le travail sur une chose mobilière, ainsi que la tradition d'un objet de ce genre, spécialement tout paiement en argent.

Pour cette espèce d'actes, il faut distinguer deux cas. Le fait qui a donné naissance à l'obligation (par exemple, le contrat) a pu soit fixer le lieu de la prestation, soit le laisser dans l'indétermination.

A. Fixation du lieu de la prestation.

La position du créancier est ici la suivante. Il peut actionner au lieu fixé, et c'est en ce même lieu que la convention a obligatoirement déterminé le tribunal compétent pour juger le débiteur. Le créancier n'a donc pas le droit d'intenter son action en un autre lieu, pas même là où le domicile

du débiteur lui donne ses juges de droit commun (*b*)[1].

Mais cette règle, exacte en elle-même, peut entraîner comme conséquence pour le créancier la négation absolue de son droit. Quand un Romain promettait par stipulation à un autre Romain de lui payer à Ephèse mille sesterces, on ne pouvait pas agir devant le préteur de Rome; car la prestation ainsi promise n'était pas de sa compétence. On pouvait agir à Ephèse; mais si le débiteur avait la précaution de ne pas paraître à Ephèse, cette action était en fait impossible, et le créancier était absolument privé de toute protection juridique. Pour remédier à cet inconvénient, le préteur introduisit une action spéciale, l'*actio de eo quod certo loco* (*c*). Elle permettait à ce créancier d'introduire sa demande à Rome. Toutefois il n'obtenait pas mille exactement, mais on calculait quelle valeur cette somme pouvait avoir en plus ou en moins à Rome plutôt qu'à Ephèse. Ainsi il pouvait à Rome recevoir plus ou moins de mille, d'après l'intérêt proportionnel que les deux parties pouvaient avoir au remboursement dans les deux villes (*d*). — Mais

(*b*) Système, t. 8, § 370, *c*, *d*.
(*c*) Dig. Lib. 13, tit. 4.
(*d*) *L.* 2 *pr.* § 8, *L.* 3 *de eo quod certo loco* (13, 4) *L. un. C. ubi conven.* (3, 18), § 33 *J. de act.* (4, 6).

1 Notre Code de procédure, s'écartant sur ce point du système romain, déclare compétent, non le tribunal du lieu de la convention, mais le tribunal du domicile du défendeur (voy. art. 59).

on pouvait abuser de cette action pour vexer injustement le débiteur, quand il était prêt à payer à Ephèse, et que le créancier prétextait faussement d'un refus. Le débiteur pouvait se mettre à l'abri de cet abus, en donnant à Rome caution de payer à Ephèse selon la convention, ou en prouvant qu'il avait offert ou déposé de l'argent dans cette ville; il était alors renvoyé de la demande intentée contre lui à Rome (*e*).

Ce moyen, qui consistait à employer une action prétorienne nouvellement introduite, n'était nécessaire et usité que dans ces obligations qui étaient poursuivies par des condictions (actions de droit strict) (*f*), dont le caractère rigoureux et formaliste apparaît surtout dans la conception de l'*intentio* (*g*). Dans les actions libres(vente, louage, commodat, etc.), cette action spéciale n'était pas nécessaire; l'action ordinaire du contrat était pleinement suffisante, car elle conduisait absolument au même résultat que celui que nous venons de voir atteint par l'action prétorienne spéciale (*h*). — Cette dis-

(*e*) *L.* 4 § 1 *de eo quod certo loco* (13, 4).

(*f*) *L.* 1 *L.* 7 § 1 *de eo q. c. l.* (13, 4), *L. un. C. ubi conven.* (3, 18), § 33 *L. de act.* (4, 6) (se réfère aux stipulations). — *L.* 8 *eod.* (au cautionnement). — *L.* 6 *eod.* (au prêt). — *L.* 5 *eod.* (aux legs).

(*g*) Quand dans la stipulation citée plus haut l'*intentio* était ainsi conçue à Rome : si paret H. S. mille dari oportere, cela n'était pas vrai pour le préteur : car le défendeur n'était tenu i c i d'aucune obligation.

(*h*) *L.* 7 *pr. de eo q. c. l.* (13, 4), *L.* 16 § 1 *de pec. const.* (13, 5), « *exemplo* arbitrariæ actionis, » c'est-à-dire d'après les mêmes règles, avec le même résultat que dans l'*actio arbitraria de eo quod*

tinction a déjà perdu sa signification dans le droit de Justinien, à plus forte raison dans le droit actuel.

La position du débiteur dans les obligations dont le lieu de paiement est déterminé est la suivante. Le débiteur n'a le droit d'exécuter volontairement la prestation qu'en ce lieu, c'est-à-dire que toute tentative de sa part, tendant à exécuter en un autre lieu, est impuissante à amener l'extinction de l'obligation (*i*). Si cependant le créancier accepte son paiement en un autre lieu, il y a extinction de la dette, parce que l'accord des deux parties a modifié en ce point l'obligation primitive (*k*).

B. Indétermination du lieu de la prestation.

La position du créancier est la suivante : il peut poursuivre son droit, par conséquent intenter son action et contraindre à l'exécution là où bon lui semble ; car l'obligation lui laisse toute liberté sur ce point (*l*). Seulement les règles de la procédure apportent à sa liberté cette restriction que l'action doit être intentée en un lieu où le défen-

certo loco. Car ici suffisait l'*intentio* ordinaire de la *b. f. actio* : « quidquid dari fieri oportet ex fide bona, » de sorte qu'il n'était pas besoin d'un autre secours résultant d'une action spéciale.

(*i*) *L.* 2 § 7. *L.* 9 *de eo q. c. l.* (13, 4). *L.* 122 *pr. de V. O.* (45, 1).

(*k*) *L.* 2 § 7. *L.* 10 *de eo q. c. l.* (13, 4).

(*l*) Le débiteur doit donc payer *ubi petitur*. Cf. Système, t. 8, § 370.

deur puisse être cité d'après les principes de la compétence.

Le créancier peut par conséquent introduire son action devant la juridiction qui est de droit commun compétente relativement à la personne du débiteur (*m*). Mais il peut aussi l'intenter au lieu où l'accord tacite des parties a établi une compétence spéciale pour cette obligation (*n*). C'est entre ces lieux différents que le créancier a la liberté de choisir (*o*).

Le droit que nous venons d'accorder au créancier subit une restriction dans un cas unique par des considérations d'équité. Quand l'obligation porte sur la tradition d'une chose mobilière, et qu'en même temps elle est une *b. f. obligatio*, le créancier doit se contenter de recevoir la tradition au lieu où se trouve accidentellement la chose au moment de l'échéance ; il ne peut exiger que le débiteur transporte la chose au lieu de l'action à ses frais et risques (*p*).

Il reste encore à fixer la position du débiteur dans l'hypothèse de l'indétermination du lieu de la prestation. Si l'on voulait s'attacher à ce principe

(*m*) C'est le *forum domicilii*, ou aussi, d'après le droit romain, le *forum originis*, avec le droit pour le demandeur de choisir entre les deux.

(*n*) Cf. Système, t. 8, § 370, p. 226-228 (p. 223-225 trad.). C'est le lieu où les deux parties pouvaient de préférence s'attendre à l'exécution dans les circonstances dont il sagit.

(*o*) Cf. Système, t. 8, § 371, *t*.

(*p*) Cf. Système, t. 8. § 370, *w*, *x*, *y*

abstrait, que le débiteur devrait avoir, à cause de cette indétermination, le droit illimité de choisir volontairement le lieu de l'exécution, il pourrait alors offrir le remboursement de la somme et la déposer en quelque lieu éloigné de l'univers; ce qui aurait cependant pour résultat d'amener l'extinction absolue de la dette; il pourrait suivre cette voie par esprit de chicane contre le créancier, ou aussi parce que lui-même aurait par hasard de l'argent en réserve de ce lieu éloigné, et qu'il trouverait, par conséquent, son avantage à se libérer de cette manière. Mais il est bien évident que cela ne répondrait pas à l'attente primitive du créancier, ni à la véritable signification de l'opération juridique.

Nos sources de droit ne contiennent pas de décision sur cette question (*q*). La manière la plus naturelle de la résoudre est d'admettre une réciprocité complète entre les deux parties. D'après cela, nous devons accorder au débiteur le choix entre les lieux dans lesquels le créancier aurait pu de son côté intenter son action (notes *m*, *n*), par conséquent entre le propre domicile du débiteur et tout lieu où on a créé une compétence spéciale pour cette obligation. On ne peut pas douter

(*q*) Déjà cette circonstance prouve que la question ne pouvait pas présenter une grande importance : autrement nous en trouverions la solution pratique.

que cette solution ne réponde à l'esprit de l'opération juridique, car on avait eu en vue, à l'origine, chacun de ces lieux. Si le choix fait par le débiteur ne répond pas aux désirs du créancier, celui-ci n'a qu'à s'imputer à lui-même de n'avoir pas prévenu le débiteur en intentant son action, auquel cas il aurait pu lui-même choisir le lieu d'exécution (*r*).

Contrairement à la théorie que nous venons d'exposer, et en renversant le véritable rapport de droit, certains auteurs ont, pour les hypothèses où le lieu de la prestation est indéterminé, posé ce principe, qu'il fallait toujours admettre un lieu légal pour faire la prestation, et que ce lieu fixerait en même temps la juridiction compétente pour cette obligation (*s*)[1].

(*r*) Puchta a une autre opinion. Pandekten, § 246, note *i*, et Vorlesungen (Cours publics), t. 2, p. 54. Le débiteur doit exécuter là où est le créancier, et par conséquent, quand ils habitent dans des lieux différents, supporter les frais de transport. Je ne sais pas comment justifier cette faveur accordée exclusivement au créancier; et même elle me semble en contradiction avec les propres paroles de Puchta (p. 54) : « D'ailleurs le débiteur n'a pas plus de droit d'exiger que le créancier vienne le trouver, que n'en a le créancier d'exiger que le débiteur vienne à lui. »

(*s*) Cf. Système, t. 8, § 370.

1 *Comp.* la disposition de l'art. 1247 du Code Napoléon, d'après lequel la prestation d'un corps certain doit se faire au lieu où se trouvait le corps certain lors de la naissance de l'obligation, et la prestation d'une quantité, au domicile du débiteur, le tout sauf exception résultant notamment d'une convention contraire.

Le tribunal compétent est toujours, en principe, celui du domicile du débiteur (art. 59, C. proc.).

§ 50.

IV. OBJET DE L'OBLIGATION. TEMPS DE LA PRESTATION.

Toute prestation ne peut s'effectuer qu'à un certain moment de la durée (§ 28), et c'est là le dernier point qui s'offre à notre examen dans l'étude de l'objet des obligations.

Cette question présente une signification quelque peu différente de la question analogue que nous venons de traiter à propos du lieu de la prestation (§ 49). Quant on s'occupe du lieu, on a à fixer exactement où la prestation doit s'effectuer, et cette détermination peut spécialement résulter de la libre volonté des personnes intéressées. On peut aussi supposer une détermination du même genre quand il s'agit du temps, en ce sens qu'une convention peut déclarer qu'un acte devra être exécuté dans une période de temps exactement limité, ni plus tôt ni plus tard. Seulement une semblable détermination est excessivement rare, et son étude offre peu d'importance.

Au contraire, il y a une autre question très-importante : c'est celle de savoir à partir de quelle époque doit commencer la nécessité juridique qui forme l'élément de l'obligation. Quand

dans une obligation les parties ont manifesté leur volonté sur ce point, l'obligation est dite *obligatio ex die* ou *in diem*. J'ai déjà eu ailleurs l'occasion de développer cette question avec beaucoup de soin (*a*), et le renvoi que je fais ici à ce passage me permet d'être plus bref en ce moment.

Cette détermination, résultant de la volonté des parties, ne peut être exactement comprise que quand on l'oppose à la règle applicable dans les cas où cette détermination fait défaut. La règle est que toute obligation, dès l'instant de sa naissance, engendre la possibilité de la contrainte qui en est l'élément constitutif, de sorte que la prestation peut être immédiatement poursuivie en justice. L'expression technique romaine est celle-ci : toute obligation doit en elle-même être considérée comme *præsens obligatio* (*b*). A côté de cette règle, nous avons à examiner une série d'exceptions.

La première exception, qui est aussi la plus importante, est celle que nous avons déjà indiquée, à savoir, quand la même volonté qui a donné naissance à l'obligation en a fait en même temps une *in diem obligatio*. Cette hypothèse

(*a*) Cf. Système, t. 3, § 125, 126. Il faut remarquer que cette limitation *in diem* ne se présente pas seulement dans les obligations, mais aussi dans un grand nombre d'autres rapports de droit.

(*b*) *L.* 41 § 1 *de V. O.* (45, 1). *L.* 213 *pr. de V. S.* (50, 16), *L.* 14 *de R. J.* (50, 17). — Dans plusieurs textes la même règle est supposée. *L.* 60, *L.* 73 *pr.*, *L.* 137 § 4 *de V. O.* (45, 1), *L.* 186 *de R. J.* (50, 17).

offre une évidente analogie avec celle où la volonté des parties a fixé le lieu de la prestation (§ 49). Seulement il y a entre ces deux cas cette différence, que la détermination du lieu de la prestation ne favorise exclusivement aucune des parties, en ce sens que tel ou tel lieu peut, par des circonstances tout accidentelles, être à l'avantage tantôt d'une partie, tantôt de l'autre. Au contraire, la *præsens obligatio* est toujours plus avantageuse pour le créancier, et l'*in diem obligatio* moins avantageuse, en ce sens que la prestation anticipée doit toujours être regardée comme la meilleure (*c*). On ne fait qu'exprimer le même principe sous une autre forme, quand on dit que le *in diem*, dans une obligation, est toujours ajouté dans l'intérêt du débiteur (*d*). Il en résulte que le débiteur peut renoncer à cet avantage, et par conséquent exécuter à une époque antérieure à celle à laquelle il aurait pu y être contraint (*e*).

Une autre exception se présente dans le cas où l'acte, d'après sa nature, ne peut s'effectuer immédiatement, mais bien dans un temps plus ou moins éloigné. Cette exception peut résulter de ce que

(*c*) § 5 *J. de fidej.* (3, 20), Gaius, Lib. 3, § 113.

(*d*) *L.* 41 § 1, *L.* 38 § 16 *de V. O.* (45, 1), *L.* 17 *de R. J.* (50, 17).

(*e*) *L.* 137 § 2, *L.* 38 § 16 *de V. O.* (45, 1), *L.* 70 *de solut.* (46, 3), *L.* 15 *de annuis* (33, 1), *L.* 1 § 1 *de cond.* (35, 1). — Il y a exception dans les cas rares où des motifs spéciaux et personnels démontrent l'intention de prohiber une prestation anticipée. *L.* 43 § 2 *de leg.* 2 (31 un.) *L.* 15 *de annuis* (33, 1).

l'acte doit s'accomplir à une distance très-grande (*f*); ou doit s'appliquer à un objet qui n'existe pas encore et ne doit prendre naissance que dans l'avenir (*g*).

A cette exception se rattache celle qui se présente dans les obligations, où la nécessité de la prestation reste suspendue jusqu'à une interpellation ou une sommation spéciale comme dans le prêt, le dépôt, etc. (*h*).

Une exception toute positive se présente encore à propos du constitut, dans lequel le débiteur doit toujours jouir de l'avantage d'un délai modéré : on regarde comme modéré un espace de dix jours (*i*).

La partie la plus importante et la plus difficile de cette matière est celle qui concerne spécialement le défaut d'exécution de la prestation au temps fixe (sans qu'il y ait de reproches à faire au débiteur quant à l'objet). C'est la théorie de la *mora*, mais elle ne peut être exposée à cet endroit; elle ne peut l'être qu'en traitant des sources de l'obligation, et en particulier de sa naissance par transformation.

(*f*) *L.* 41 § 1, *L.* 60, *L.* 73 *pr.*, *L.* 137 § 2 *de V. O.* (45, 1).

(*g*) *L.* 73 *pr. de V. O.* (45, 1). *L.* 186 *de R. J.* (50, 17).

(*h*) *L* 73 *pr. de V. O.* (45, 1), à la fin du texte.

(*i*) *L.* 21 § 1 *de pec. const.* (13, 5), pourrait peut-être se rattacher à une controverse des anciens jurisconsultes, que Justinien a tranchée. *L.* 2 *C. de const.* (4, 18).

CHAPITRE SECOND.

SOURCES DES OBLIGATIONS

---

§ 51.

INTRODUCTION.

La sources des obligations nous apparaît sous deux formes différentes, soit comme source première, soit comme transformation (métamorphose), ce dernier cas suppose la persistance d'une seule et même obligation (seulement sous une forme modifiée). Cette distinction est, en elle-même, applicable à d'autres espèces de rapports de droit; mais elle trouve son application la plus fréquente et la plus importante précisément dans les obligations (*a*). Il est bon de considérer spécialement ici les deux sources dont nous venons de parler.

I. Quant à la source première, il faut re-

(*a*) Cf. Système, t. 1, § 59, p. 4 (p. 4, trad). p. 393 (p. 387, trad.), t. 3 § 104,

marquer la terminologie différente qu'emploient les jurisconsultes romains, et dans laquelle on pourrait aisément voir une divergence d'opinions :

A. Quelquefois, il est dit qu'il n'y a que deux sources : *ex contractu* et *ex delicto*, de sorte que toutes les obligations dériveraient forcément de l'une d'elles (*b*).

B. Dans beaucoup de textes, au contraire, on mentionne deux autres sources outre ces deux premières, ce qui donne quatre sources.

Il peut en effet y avoir des obligations qui naissent *non proprie ex contractu*, mais bien *quasi ex contractu* (*c*).

Et d'autres qui naissent *non proprie ex maleficio*, mais bien *quasi maleficio* (*d*), ou *quasi ex delicto* (*e*).

Ces quatre sources sont indiquées dans certains textes de la manière la plus nette (*f*).

C. Enfin, nous trouvons indiquée une fois une source triple au moins en apparence : *ex contractu, ex maleficio, aut proprio quodam jure ex*

(*b*) Gaius, III, § 88 : «(Nunc transeamus) ad obligationes Quarum *summa divisio* in *duas species* deducitur : *omnis enim obligatio* vel ex contractu nascitur, vel ex delicto. » — Mêmes propositions, un peu moins nettement exprimées : Gaius, IV, § 2, et § 1 *J. de act.* (4, 6).

(*c*) *Pr. J. de obl. quæ quasi ex contr.* (3, 27). de même dans la rubrique du titre. — *L.* 5 § 1 *de O. et A* (44, 7).

(*d*) *Pr. J. de obl. quæ quasi ex del.* (4, 5). — *L.* 5 § 4, 5, 6 *de O. et A.* (44, 7).

(*e*) *Quasi ex delicto* se trouve dans la rubrique des Institutes (4, 5).

(*f*) § 2 *J. de obl.* (3, 13).

(*g*) L. 1 *pr. de O. et A.* (44, 7).

variis causarum figuris (*g*). Il est évident toutefois que cette dernière terminologie ne diffère pas essentiellement de la précédente; elle se borne à réunir en une seule, par l'emploi d'une expression moins précise, les deux premières sources.

On serait porté à induire de la première terminologie une véritable divergence d'opinion, si on l'interprétait en ce sens qu'elle a pour but de nier l'existence des obligations *quasi ex contractu* et *quasi ex delicto*. Mais en fait, il n'en est rien; et voici simplement en quoi consiste la différence: quelques textes, pour plus de brièveté, ne parlent que des deux sources les plus importantes, tandis que d'autres textes plus complets y joignent deux autres sources, formées par analogie des deux premières, comme le marque la particule *quasi*. S'il pouvait encore subsister quelques doutes à ce sujet, ils s'évanouiraient devant cette considération que tous les textes invoqués dans la question ont une même origine et sont également tirés de Gaius.

Si nous considérons maintenant d'une manière plus précise les deux principales sources (*contractus* et *delictum*), elles nous apparaîtront au premier coup d'œil comme correspondant aux idées, considérées abstractivement de convention et de violation du droit. Mais en fait ces expressions sont prises par les jurisconsultes romains

dans un sens plus étroit. Chacune d'elles, en effet, n'est employée par les auteurs que dans les limites que comporte leur origine historique; elle ne s'applique qu'aux conventions et aux violations pourvues d'action, et même seulement à celles auxquelles ce caractère avait déjà été reconnu par l'ancien droit civil.

Nous devons, en outre, rechercher la signification ou l'intérêt de ces distinctions, c'est-à-dire de cette division en deux, trois ou quatre classes qui seraient admises comme sources des obligations. On peut employer, pour faire cette recherche, deux méthodes bien différentes.

La première méthode se rattache à la théorie de la partie générale du droit des obligations. Elle consiste à présenter d'abord les idées générales, et les règles de droit qui se rapportent aux contrats, de même que celles qui se rapportent aux délits, comme aux deux sources les plus importantes des obligations. Cette méthode d'exposition sera celle du présent tome. Mais rien ne nous oblige, en la suivant, à nous assujétir aux idées historiques restreintes, mentionnées plus haut, du *contractus* et du *delictum*. Il nous faudra au contraire descendre de l'idée abstraite de convention et de violation du droit, à tous les développements dont cette idée est susceptible. Cette marche nous fera trouver d'elle-même les points de jonction

qui nous sont nécessaires pour nous ramener à ces idées historiques restreintes.

Une seconde méthode consisterait à prendre cette division pour base de l'examen successif des obligations isolées, et conduirait par suite à l'exposition de la partie spéciale du droit des obligations. C'est le procédé employé dans les Institutes de Gaius, et plus complétement développé encore dans les Institutes de Justinien, où les obligations isolées sont examinées en suivant l'ordre des quatre classes ci-dessus énumérées (*h*). — Cet ordre a été suivi aussi par une grande partie des auteurs systématiques de nos jours. Mais la question de savoir si, en fait, il s'accorde avec les nécessités de l'exposition du droit romain actuel ne peut être résolue qu'à la suite d'un examen plus attentif, qui ne pourra venir qu'après l'exposition complète de la partie générale.

II. La transformation des obligations peut dériver d'un double changement qui est susceptible de modifier leur état antérieur.

A. changement dans les personnes entre lesquelles l'obligation existe. Nous devrons établir de quelle manière les idées générales de succession universelle et de succession particulière, expli-

(*h*) Instit. III, 14-26 (contractus). — III, 27 (quasi ex contractu). — IV, 1-4 (delicta). — IV, 5 (quasi ex delicto).

quées plus haut, sont applicables aux obligations (*i*).

B. Changement dans l'objet ou le contenu de l'obligation (*k*).

Ce changement peut consister dans une diminution (ou un anéantissemet) de l'objet. A ce point se rattachent les théories du dol, de la faute, du cas fortuit, des dommages-intérêts de la demeure.

Il peut encore consister en une augmentation de l'objet, aussi bien en une augmentation régulière (fruits et intérêts), qu'accidentelle (*commodum*).

De ces considérations il suit que nous devons faire porter nos recherches actuelles sur la théorie générale des conventions obligatoires. Nous accordons donc successivement notre attention à quatre points distincts :

A. Idée et espèces.

B. Personnes.

C. Conclusion (de la convention).

D. Effets.

(*i*) Cf. Système, t. 3, § 105.

(*k*) On pourrait être tenté d'ajouter encore une troisième espèce de changement, basé sur la simple volonté, comme la novation. Mais ce changement consiste moins dans la transformation d'une obligation préexistante, que dans sa destruction; de sorte que l'endroit convenable pour en parler n'est point la théorie de la source, mais celle des modes d'extinction des obligations.

Peut-être semblerait-il que nous devrions admettre comme un cinquième point distinct : l'objet de la convention. Mais presque tout ce que nous aurions à dire sur ce point s'identifie d'une manière complète avec les explications que nous avons données plus haut sur l'objet de l'obligation (*l*). Une seule question a été réservée : la question de l'influence des objets impossibles sur l'efficacité des conventions obligatoires (*m*). Cette question sera vidée dans la théorie des effets des conventions (§ 81).

§ 52.

I. CONTRAT [1]. A. IDÉE ET ESPÈCES.

La convention considérée comme source des obligations (la convention obligatoire), ne forme qu'une application isolée de l'idée beaucoup plus

(*l*) T. 1, § 28 et s. (*m*) T. 1, § 37, p. 382 (p. 376, trad.).

[1] Il n'y a pas en allemand d'expression correspondant exactement à l'idée de contrat. Pour rendre cette idée, M. de Savigny emploie quelquefois le mot latin *contractus*, et presque toujours le mot allemand *Vertrag*, qui signifie proprement *convention*, *traité*, soit international, soit privé. C'est pourquoi il a soin, en plusieurs endroits, notamment dans le présent paragraphe, d'avertir le lecteur qu'il parle non des conventions (Vertraege) en général, mais des conventions productrices d'obligations (obligatorische Vertraege), qui ne sont autres que nos *contrats*. Pour plus de clarté, nous traduirons, comme ici, le mot *Vertrag*, employé seul, par *contrat*, chaque fois qu'il s'agira évidemment de conventions obligatoires.

générale de convention. J'ai déjà exposé sa nature avec détails dans un autre endroit (*a*); il me suffira ici de rappeler en quelques mots cette exposition.

Une convention est l'accord de plusieurs parties qui déterminent par une manifestation de volonté commune leurs relations juridiques. Ces relations juridiques peuvent concerner le droit international, le droit public, le droit privé, et l'idée de convention s'applique à tous ces cas. De plus dans le droit privé la convention peut s'appliquer déterminément à toutes les parties de ce droit : aux rapports de famille aussi bien qu'aux droits réels et aux obligations. Enfin dans le droit des obligations la convention peut servir tant à e n g e n d r e r des obligations qu'à les éteindre.

De tous ces cas d'application, nous ne parlons ici que de la convention qui e n g e n d r e une obligation (convention obligatoire). Voici en quoi consiste l'idée d'une pareille convention :

> C'est l'accord de plusieurs personnes dans une même manifestation de volonté, de laquelle doit résulter entre elles une obligation.

Cette sorte de convention est la plus fréquente et la plus variée entre toutes dans l'application; aussi nos auteurs la confondent-ils très-souvent

(*a*) Système, t. 3, § 140, 141.

avec l'idée générale de convention, et l'adoptent-ils partout où il est question de convention. Quoique cette confusion doive être absolument rejetée, et quoiqu'elle ait donné lieu à de graves malentendus, il faut reconnaître qu'à un autre point de vue elle se trouve pleinement justifiée; car c'est dans le cas d'application qui nous occupe que la nature de la convention peut se trouver le plus complétement présentée et développée.

Les jurisconsultes romains emploient indifféremment, pour désigner les conventions obligatoires, les expressions : *conventio*, *pactio*, *pactum*, qui toutes ont la même signification générale (*b*).

Il nous faut maintenant mentionner quelques espèces spéciales de conventions obligatoires, fondées sur certaines différences importantes qui se relient intimement à l'idée générale de convention.

I. C'est d'abord la distinction historique en *legitimæ*, et *juris gentium conventiones* (*c*).

On appelle *legitimæ* celles dont l'existence pro-

(*b*) *L.* 1 § 1, 2, 3, 4 *de pactis* (2, 14) (Ulp.), *L.* 7 *pr.* § 1-4 *eod* (Ulp.). — *L*, 6 *eod*. (Paul). — L'expression *conventio* était parfaitement appropriée à des idées d'une portée générale, tandis qu'à l'expression *pactum* se rattachait la plupart du temps un sens pratique et spécial, dérive d'un passage important de l'édit du préteur. *L.* 7 § 7 *eod.*

(*c*) *L.* 5, *L.* 7 *pr.* § 1 *de pactis* (2, 14) d'Ulpien.

pre a une source purement civile, et qui sont inconnues au *jus gentium; juris gentium*, celles qui prennent leur origine dans le droit général. Cette distinction entre les conventions n'est qu'une application particulière de la distinction de même espèce, présentée plus haut en ce qui concerne les obligations (§ 5).

L'idée de *juris gentium conventio* est du reste très-compatible avec sa reconnaissance et son efficacité dans le *jus civile;* et ce serait une profonde erreur que d'attribuer en général à cette espèce de convention une efficacité moindre qu'à la première espèce. En fait, les cas les plus importants de la seconde espèce sont reconnus par le *jus civile*, et produisent les effets juridiques les plus complets : tels sont le prêt, la vente, le louage, etc. (*d*).

Les *legitimæ conventiones* ont déjà disparu en grande partie dans le droit de Justinien : ainsi le *nexum*, la *dotis dictio*, la *literarum obligatio;* seule, la stipulation s'est pleinement maintenue (*d*[1]) : dans le droit actuel, aucune d'elles n'a subsisté.

(*d*) Gaius, III, § 132. — § 2 *J. de j. nat.* (1, 2). Fragment des derniers textes d'Ulpien, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft (Revue historique de la jurisprudence), t. 9, p. 5, t. 15, p. 377-382.

(*d*[1]) Il est nécessaire d'observer attentivement ici le sens quelque peu variable des expres-

Les mêmes expressions sont employées par Paul, dans un sens un peut différent, et plus littéral (*e*). Il désigne sous le nom de *legitima conventio*, la convention qui ne rentre pas dans les *contractus*, et par suite n'est pas pourvue d'action; bien que, dans quelques cas (interdum), une action y soit exceptionnellement attachée par la confirmation qu'elle reçoit d'une *lex* (*f*): Paul pensait sans doute aux conventions ajoutées à la mancipation (comme la *fiducia*), qui avaient été confirmées et pourvues d'action par la loi des Douze Tables (*g*). Il en est de même, dit-il, de quelques conventions extinctives, qui, par une semblable confirmation, ont acquis la force d'éteindre certaines obligations *ipso jure*, au lieu que les autres *nuda pacta* n'avaient pas cette puissance; par là il fait assurément allusion aux pac-

sions techniques. Si l'on classe les conventions d'après leur origine, et leur essence intime et conforme à cette origine, comme le fait incontestablement Ulpien (note *c*), il faut appeler la stipulation *legitima* et non *juris gentium*. S'attache-t-on au contraire à la capacité de droit personnelle, comme condition de la validité de la stipulation, alors elle est devenue *juris gentium* (à une seule exception près) dès une époque assez ancienne. Cf. Droit des obligations, t. 1, § 5. 6.

(*e*) *L.* 6 *de pactis* (2, 14). « Legitima conventio est, *quæ lege aliqua confirmatur*; et ideo *interdum* ex pacto *actio nascitur vel tollitur*, quoties lege vel senatusconsulto adjuvatur. »

(*f*) Paul dit : lege *vel senatusconsulto*; sans doute parce que chaque sénatus-consulte *legis vicem obtinet*. Gaius, I, § 4. Avait-il en vue, en faisant cette addition, quelques cas déterminés, et lesquels? C'est ce qui reste forcément indécis.

(*g*) Sixième table : cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit *ita jus esto*. » Cf. Dirksen, chap. 12.

tes de remise, qui, d'après la loi des Douze Tables, avaient la puissance d'éteindre complétement une *furti* ou *injuriarum actio* (*h*).

Que Paul prenne ici l'expression *legitima conventio* dans un tout autre sens, que plus haut Ulpien, c'est ce qui résulte de son renvoi aux simples *pacta* qui ne sont pourvus d'action qu'exceptionnellement (*interdum*), par suite de la confirmation d'une *lex*, et qui, par conséquent, ne rentrent pas dans la classe des *contractus*, ces derniers étant seuls munis d'action par eux-mêmes et en vertu de leur nature générale. Ulpien au contraire entend par *legitimæ conventiones* les *contractus* mêmes les plus anciens et les plus solennels. On ne saurait donc justifier la place qu'occupe dans le Digeste le texte de Paul, enclavé dans le texte d'Ulpien, absolument comme si l'objet des deux textes était une seule et même idée, tandis qu'en fait, ils n'ont rien de commun, l'un avec l'autre, qu'une même expression technique; mais employée par chacun d'eux dans un sens tout différent.

Les auteurs modernes sont donc dans une complète erreur quand ils invoquent le texte de Paul, pour justifier l'usage actuel des mots *pactum*

(*h*) *L.* 17 § 1 *de pactis* (2, 14).

legitimun comme désignant un *pactum* pourvu d'action par les constitutions impériales. Un tel langage était devenu possible à la rigueur au temps de Justinien, quoiqu'aucune preuve n'appuie cette hypothèse. Au temps de Paul, il était impossible, vu qu'alors il n'existait pas de constitutions impériales s'appliquant aux pactes (*i*).

2. De l'étendue de l'obligation une fois qu'elle est engendrée, dérive la division en contrats unilatéraux et bilatéraux (ou synallagmatiques), pour la désignation desquels nous ne trouvons aucune expression romaine technique.

Par un contrat unilatéral, une des parties devient seulement créancière, l'autre seulement débitrice; c'est donc le rapport le plus simple qu'on puisse concevoir dans une obligation. Cette sorte de contrat se rencontre dans le prêt, la promesse de donation, la stipulation romaine.

Dans un contrat bilatéral, au contraire, chaque partie est à la fois créancière et débitrice; mais dans des vues et des conditions différentes. — Un point peut faire doute : doit-on dire qu'il n'y a là

(i) En eût-il même existé, on aurait encore pu leur appliquer, d'après Gaius, I, § 5, le principe : legis vicem obtinet (note f). — L'assertion contredite par nous se trouve dans Koch, Forderungen (Droits de créance), t. 2, p. 50.

qu'un seul contrat et une seule obligation ou un ensemble de plusieurs contrats et obligations, comme on peut fort bien en imaginer, en grand nombre et des plus variés, entre les mêmes personnes ? Mais l'essence d'un contrat synallagmatique, distincte de cet ensemble accidentel, consiste dans la conception de deux obligations indissolublement liées, de sorte que l'une n'existe que par l'autre et avec l'autre, et que par conséquent toutes deux forment les deux moitiés d'un seul et même rapport de droit. Cette sorte de contrat se rencontre dans la vente, le louage, la société.

Au milieu de ces deux classes, se placent quelques contrats, qui, tout d'abord, par leur nature et leur détermination générale, sont seulement unilatéraux, mais d'où peut résulter accidentellement une obligation synallagmatique, étrangère d'ailleurs au but de contrat [1]. Ces contrats sont indiqués, chez les Romains, par la dénomination distincte des deux actions : l'action essentielle est dite *directa;* l'action accidentelle, *contraria actio.* La nécessité de l'emploi de la *contraria actio* dépend elle-même de circonstances accidentelles:

[1] Nous les appelons en droit français *contrats synallagmatiques imparfaits.*

car on atteint souvent le même but sans action par une simple restriction, c'est-à-dire par une exception (*k*). — Des cas d'application de ces contrats intermédiaires se rencontrent dans le commodat, le dépôt, le mandat.

Pour être complet, nous pouvons remarquer dès à présent que les distinctions signalées ici conviennent non-seulement aux contrats, mais aussi à d'autres obligations résultant d'actes juridiques (les quasi-contrats).

3. En considérant le but extrinsèque, c'est-à-dire le côté non juridique de l'opération, on arrive à séparer les contrats destinés à procurer un avantage exclusif à l'une des parties, des contrats qui ont pour but l'avantage des deux parties.

Un contrat de la première espèce est toujours en même temps un contrat unilatéral. L'avantage unilatéral consistera le plus souvent dans un enrichissement, c'est-à-dire une augmentation de patrimoine, comme dans la promesse de donation (*l*); mais cette espèce d'avantage unilatéral n'est pas le seul possible. Dans le dépôt, par exemple, celui qui commence par livrer sa chose n'en devient pas plus riche; mais il jouit de cet

(k) L. § 4 *commod.* (13, 6).

(l) Cf. Système, t. 4, § 157.

avantage, qu'un autre la garde sûrement et commodément pour lui (*m*).

Un contrat de la deuxième espèce (ayant pour but l'avantage des deux parties) peut être unilatéral, comme le prêt à intérêt, ou bien bilatéral, comme la vente et le louage.

Pour désigner ces deux espèces de contrats, les auteurs modernes emploient fréquemment les expressions : *conventio lucrativa* (ou *gratuita*) et *onerosa*. Mais ces expressions ne sont pas conformes au langage juridique des Romains. Nous pouvons simplement dire, en paraphrasant cette idée, que la première espèce de contrats est fondée sur la bienveillance ou la libéralité ; toutefois, il est bon d'ajouter à cette idée que la nature des donations comporte des conditions spéciales, en outre des conditions générales à tous les contrats (*n*).

Les divisions suivantes des contrats sont en elles-mêmes justes et importantes ; mais leur discussion ne rentre pas dans notre étude actuelle.

Ainsi la division en *stricti juris* et *bonæ fidei contractus*. Celle-ci se réfère exclusivement à la différence des actions qui naissent des contrats ;

(*m*) Cf. Système, t. 4, § 148. (*n*) Cf. Système, t. 4, § 143.

elle concorde donc parfaitement avec la théorie des actions *actiones stricti juris* (*conditiones*), et *bonæ fidei*, que nous avons exposée d'une manière complète en un autre endroit (*o*). Seulement, il est bon de prémunir ici contre la confusion possible de cette division des contrats avec la division exposée plus haut (sous le n° 1), en *legitimæ* et *juris gentium conventiones*. Il ne faut nullement considérer ces deux divisions comme identiques, car elles reposent sur des bases toutes différentes, et par exemple, le prêt qui appartient certainement au *jus gentium* (note *d*), est non moins certainement un *stricti juris contractus*, puisqu'il engendre une condition (*p*).

Une autre division des contrats en solennels (avec formes) et non solennels, ne pourra trouver sa vraie place que plus loin, parmi les effets des contrats (§ 72 et s.); le principe général de cette division a déjà été posé dans un autre endroit (dans la théorie des manifestations de volonté (*q*). Mais nous pouvons dès à présent, à propos de cette division, faire remarquer qu'elle est en corréla-

(*o*) Système, t. 5, § 218-220, et Appendice, XIII, XIV.

(*p*) La confusion que nous signalons peut trouver un appui trompeur dans l'opinion très-répandue, mais sans base solide, d'après laquelle les *b. f. actiones* appartiendraient à une formation juridique plus récente que les *stricti juris*. Cf. Système, t. 5, p. 116, 489, 638 (p. 126, 503, 611, trad.).

(*q*) Système, t. 3, § 130.

tion intime avec la division indiquée plus haut des *legitimæ* et *juris gentium conventiones*.

La division romaine des conventions en *contractus* et simples *pacta*, ne peut être expliquée ici, mais seulement en traitant des effets des contrats.

§ 53.

I. CONTRA. B. PERSONNES. INTRODUCTION.

Les règles de droit qui concernent les personnes parties dans les conventions obligatoires sont pour la plupart d'une nature si générale, qu'elles s'étendent bien au delà de la théorie de ces conventions et ont déjà dû, par suite, être exposées en d'autres droits (*a*). Quelques-unes de ces règles de droit, cependant, concernent, proprement et exclusivement, les conventions obligatoires, et leur exposition est ici parfaitement à sa place.

Pour bien montrer quelle est la nature, et aussi la nécessité de ces règles, il est indispensable de prendre la convention obligatoire sous sa forme

(*a*) Système, t. 2 (jouissance du droit), Système, t. 3, § 106-112 (exercice du droit). — Quelques complétements de la théorie de la jouissance du droit en matière d'obligations se trouvent dans le droit des obligations, t. 1, § 6.

la plus simple, qui est en même temps la plus fréquente. Quand Gaius achète une maison de Séius, les personnes qui nous apparaissent comme contractantes sont précisément celles entre lesquelles doit naître l'obligation; de même quand Gaius, Séius et Mévius (ou même un plus grand nombre de parties) concluent une société. Les personnes qui figurent au contrat sont donc absolument les mêmes que celles qui figurent comme parties dans l'obligation. Elles réunissent en elles la double qualité de contractants et de parties.

De plus, toutes ces personnes sont des êtres déterminés, connus, isolés; elles apparaissent des deux côtés comme constituant des individus distincts, et non comme simplement comprises dans une aptitude générale, susceptible en elle-même de s'observer chez des individus tout différents.

Mais sous ces deux rapports il y a des cas où la convention obligatoire s'écarte de la forme très-simple que nous venons de présenter.

Une première sorte d'écart consiste en ce que les contractants et les parties ne sont plus les mêmes personnes. En effet, en dehors des personnes que nous voyons figurer dans la convention, et que nous regardons provisoirement comme les contractants, nous pouvons citer des cas où les effets du contrat s'étendent à une tierce personne,

et où cette tierce personne devient par là créancière ou débitrice.

Une deuxième sorte d'écart consiste en ce que le contrat et l'obligation qui en résulte ne se rapportent pas des deux côtés à des personnes individuellement déterminées, mais d'un côté, au contraire, à toute personne qui peut revendiquer une certaine qualité ; et non-seulement cet avantage s'applique aux personnes les plus différentes, mais encore il change constamment avec le temps, et peut ainsi passer d'une personne à l'autre. Pour bien faire comprendre ici cette situation particulière, j'en vais indiquer le cas d'application le plus important. C'est celui des titres au porteur, dans lesquels les droits de créance ne se rattachent pas à une personnalité déterminée, mais à une certaine situation du créancier par rapport au titre. Le point de savoir si ce rapport consiste dans une certaine espèce de possession ou dans une véritable propriété sera examiné en son lieu. Nous devons ici nous borner à le mentionner provisoirement.

Je vais me livrer maintenant à l'étude de la première sorte d'écart, celle qui consiste dans l'influence possible d'un contrat sur une tierce personne.

En abordant cette théorie difficile et controversée, il faut tout d'abord appeler l'attention sur le véritable siége de la difficulté. Elle consiste en ce qu'il est ici question de deux cas différents en eux-mêmes, mais dont la différence se dissimule sous des expressions ambiguës. La plupart des auteurs modernes n'ont pas distingué convenablement ces deux cas; les jurisconsultes romains mêmes ne sont pas exempts, sur ce point, d'indétermination et de confusion. La conception claire et complète des vrais principes est rendue encore plus difficile par cette circonstance que les deux cas ont une certaine affinité l'un avec l'autre, et rentrent l'un dans l'autre par beaucoup de points.

Le premier cas est celui de la représentation. Cet important rapport de droit ne se rencontre pas seulement dans les contrats, mais encore dans beaucoup d'autres actes libres, si bien que nous avons déjà été amené à l'exposer ailleurs (*b*). Ici, appliqué aux contrats, son influence sur les tiers n'existe qu'en apparence; et elle ne constitue en fait qu'une forme spéciale au moyen de laquelle se manifeste le libre consentement nécessaire à la conclusion du contrat. Quand

(*b*) Système, t. 3, § 113. Là nous avons déjà donné un court aperçu de l'application de la représentation aux conventions obligatoires.

Titius donne mandat à Gaius d'acheter en son nom (à lui, Titius) une maison de Séius, et quand ce mandat est exécuté, les personnes véritablement en jeu dans l'affaire sont Titius et Séius; les contractants et les parties sont donc ces mêmes personnes, et il serait inexact de soutenir que le contrat a quelque influence à l'égard d'un tiers. Le propre de ce cas consiste, au contraire, en ce que Titius, qui aurait pu faire connaître l'expression de sa volonté oralement ou par lettre, a employé un tiers, dans le même but, comme intermédiaire. Mais ce tiers ne figure que comme organe du vrai contractant Titius, et n'occupe pour son propre compte aucune place dans l'obligation.

Le deuxième cas concerne l'influence d'un contrat sur une tierce personne, sans représentation. Quand Gaius conclut avec Séius un contrat aux termes duquel Titius doit compter cent à Gaius ou recevoir cent de Gaius, et quand Titius ne sait rien de cette promesse et n'a, par conséquent, donné aucun mandat, il est très-certain que Gaius et Séius ont seuls fait l'affaire, sont les seuls contractants; cependant Titius doit, aux termes du contrat, devenir débiteur (ou créancier). Ici donc la qualité de contractants ne concorde plus avec celle de parties; loin de là, le contrat

doit influer sur une tierce personne étrangère aux contractants.

Ces deux cas sont donc en eux-mêmes bien différents l'un de l'autre. Chacun d'eux va être l'objet d'une étude spéciale (c); par suite de cette étude surgiront les points de contact qui les unissent et les causes particulières pour lesquelles les jurisconsultes romains n'ont pas distingué ces deux cas aussi rigoureusement qu'il eût été désirable.

Toutefois le second cas n'a une certaine importance que par la place qu'il occupe vis-à-vis du premier, et comme contrastant avec lui; il convient donc ici, pour simplifier les termes de la question, de réunir les deux cas sous le point de vue commun de la représentation.

§ 54.

I. CONTRAT. B. PERSONNES. REPRÉSENTATION.

AUTEURS :

H. Giphanii, lecturæ Altorphinæ, p. 562 sq. (ad. L. 11 de O. et A.).
Donellus, Comm. de j. civ. Lib. 12, C. 16–19.
— — Comm. ad tit. de V. O. Francof., 1577, f., fol. 76-94 (in L. 38 § 17 de V. O.)
Mühlenbruch, Cession der Forderungsrecht (Cession de créances), § 9-14, 3e édit. 1836, p. 85-147.

(c) Le premier dans les § 54-58, le second dans le § 59.

Puchta, Pandekten, et Vorlesungen (Cours publics), § 273-379.
— — Cours d'Institutes, t. 2, p. 203, n.
Vangerow, p. 289-299.
H. Buchka, die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Vertraegen (Théorie de la représentation quant à la naissance des contrats), Rostock et Schwérin, 1852, 8. — Là se trouve aussi (§ 15 et s.) une comparaison très-complète des opinions des auteurs anciens et modernes.

La possibilité et l'efficacité de la représentation dans les conventions obligatoires ont déjà été exposées par moi dans un autre endroit, avec des idées d'ensemble plus développées (*a*).

Mais ce n'est pas assez ici d'un simple renvoi à ces explications antérieures : il est, au contraire, nécessaire de les compléter actuellement à un double point de vue. D'abord en déduisant les applications particulières qui se rattachent au développement de cette institution juridique, ce qui n'eût pas alors été à sa place ; ensuite en justifiant l'opinion que nous avons soutenue contre l'opinion divergente des écrivains modernes.

Les points capitaux de la théorie que j'ai présentée et dont je maintiens derechef la complète exactitude, sont les suivants.

A. Les enfants en puissance paternelle, comme aussi les esclaves, sont capables, en concluant par eux-mêmes des conventions obligatoires, d'acqué-

(*a*) Système, t. 3, § 113.

rir les actions au père de famille, et, par là, de l'enrichir.

B. Ce résultat de leurs actes n'est pas seulement possible, mais nécessaire. Il est indépendant de leur propre volonté; indépendant de la connaissance et de la volonté du père de famille (*b*); indépendant des expressions employées (*c*).

C. Ils sont au contraire incapables, en contractant, de rendre le père de famille débiteur, et, par là, d'amoindrir son patrimoine; ce résultat est encore indépendant de la volonté du père de famille.

D. Toutes autres personnes (liberæ, extraneæ personæ) sont également incapables de rendre un tiers, en le représentant, dans des conventions obligatoires, créancier ou débiteur; cette incapacité est indépendante de la volonté du tiers (*d*).

Ainsi se formulaient les principes stricts et rigoureux de l'ancien droit (*e*). Mais à mesure que

(*b*) *L.* 62 *de V. O.* (45, 1). « Servus vetante domino si pecuniam ab alio stipulatus sit, nihilominus obligat domino promissorem. »

(*c*) Peu importe que l'esclave dise dans la stipulation : *dari* ou *mihi dari*, ou *domino dari*, et aussi que le maître qui stipule dise : *mihi dari*, ou *servo meo dari;* dans tous les cas l'action est acquise au maître. § 4 *J. de inut. stip.* (3, 19), *L.* 38 § 17 *L.* 39, 40, 130 *de V. O.* (45, 1). — Telle est la vraie signification de l'*unitas personæ*. *L.* 11 *C. de impub.* (6, 26). L'esclave est un instrument général d'acquisition pour son maître.

(*d*) *L.* 126 § 2 *de V. O.* (45, 1). « Respondi : per liberam personam, quæ neque juri nostro subjecta est, neque bona fide nobis servit, *obligationem nullam adquirere possumus.* »

(*e*) Il y a un parallélisme complet entre ces principes, concer-

les affaires devinrent plus actives et plus variées, ils se trouvèrent insuffisants. Les nombreuses transformations qui résultèrent de cette nécessité peuvent être rangées en deux classes bien différentes.

I. A côté du principe, on a admis un nombre d'exceptions proprement dites, qui ont été sanctionnées, tantôt par des actions prétoriennes nouvellement inventées, tantôt par les actions personnelles ordinaires, qui ont seulement été données ou refusées par le préteur dans des cas où les anciens principes auraient conduit à des résultats opposés.

II. Le principe même a été transformé, en ce sens qu'on l'a restreint aux contrats d'une certaine espèce, en lui enlevant sa valeur dans les autres.

I. Exceptions aux anciens principes, en prenant d'abord celles qui ont été sanctionnées par des actions prétoriennes nouvellement créées.

A cette classe appartiennent les *actio exercitoria, institoria, de peculio, tributoria, quod jussu,*

nant les contrats, et la possibilité ou l'impossibilité d'être enrichi ou appauvri par les actes d'un tiers, ayant pour but d'amener des modifications de la propriété.

de in rem verso. Les trois premières sont les plus importantes et les plus compréhensives d'entre ces actions (*f*).

Ces exceptions se rapportent à cette partie du principe exposé plus haut, d'après lequel personne n'était capable, comme représentant d'un autre, de conclure un contrat par suite duquel cet autre serait devenu débiteur.

Sources communes pour cette partie du droit :

Gaius IV. § 70-74.

Inst. IV. 7 quod cum eo.

Cod. IV. 25 et IV, 26.

I. Actio exercitoria. Dig. XIV. 1. Paulus II. 6.

Quand un armateur (*exercitor*) ne conduit pas son navire lui-même, mais le fait conduire par un autre (*magister*), il peut, à raison des contrats de cet autre, être poursuivi par une action personnelle, qui prend le nom d'*exercitoria actio.* Le besoin d'une représentation, avec cette conséquence, se faisait impérieusement sentir ici, puisque les contrats dont il s'agit sont souvent conclus à une si grande distance de l'armateur, qu'il serait la plupart du temps impossible d'avoir son consentement (*g*).

(*f*) Un court aperçu de ces actions a déjà été donné plus haut (t. 1, § 21) à l'occasion des obligations corréales qui en dérivent.

(*g*) *L.* 1 *pr.* § 1 *de exerc.* (14, 1).

Il est indifférent pour cette action que le conducteur du navire soit une personne libre, ou dépendante de la famille de l'armateur (*h*). Seulement la nécessité d'une action nouvelle était plus impérieuse dans ce dernier cas. Le conducteur libre avait toujours une action en recours contre l'armateur, et pouvait céder cette action au tiers avec lequel il avait contracté; le fils ou l'esclave de l'armateur n'avait pas cette action en recours.

L'action exercitoire a pour base tous les contrats conclus par le conducteur du navire dans les limites de son pouvoir. Ce sont donc ces limites dont le tiers doit prendre connaissance, s'il veut être sûr de son action; il n'a pas à s'inquiéter du point de savoir si le contrat était opportun et si l'affaire a été loyalement conduite (*i*).

Le contrat oblige toujours en premier lieu envers le tiers le conducteur du navire; et cette action n'est pas exclue par l'*exercitoria actio* contre l'armateur (*k*). Le tiers a donc le choix entre deux débiteurs, qui sont tenus solidairement en-

(*h*) *L.* 1 § 4 *eod.* Même l'esclave d'autrui, placé par l'armateur comme conducteur du navire, peut donner lieu contre cet armateur à une *exercitoria actio*.

(*i*) *L.* 1 § 3, § 7-14, *L.* 7 *pr.* § 1 *eod.* — Les contrats qui ont pour objet la réparation du navire sont toujours compris dans les limites du pouvoir du conducteur, encore bien que ce point ne soit pas exprimé.

(*k*) Hoc edicto non transfertur actio, sed adjicitur. *L.* 5 § 1 *eod.* — De là l'expression usitée chez les écrivains modernes : *actiones adjectitiæ qualitatis*.

vers lui ; sont de même tenus solidairement plusieurs armateurs du même navire (note *f*).

A l'inverse, il n'était ni nécessaire, ni possible pour l'armateur d'intenter l'*exercitoria actio* contre le tiers contractant. L'armateur actionnait directement ce dernier, quand c'était son fils ou son esclave qui avait contracté ; quand le conducteur du navire était un homme libre, alors celui-ci pouvait et devait dans tous les cas céder à l'armateur l'action qu'il avait contre le tiers, en vertu du contrat (*l*).

2. Actio institoria Dig. XIV. 3. Paulus II. 8.

Cette action n'est proprement qu'une *exercitoria actio* généralisée ; c'est l'application des règles de droit, introduites par le commerce maritime, aux affaires commerciales d'un autre genre, quand celles-ci sont conduites par un gérant muni de pouvoirs étendus, parmi lesquels celui de conclure des contrats avec des tiers (*m*). La nécessité est

(*l*) *L.* 1 § 18, *L.* 5 *pr. eod.* Si par suite de circonstances particulières, ces principes ne suffisaient pas, alors l'armateur était protégé par une action *extra ordinem*.

(*m*) *L.* 1, *L.* 18, *L.* 3, 4, 5 *de instit.* (14, 3). — L'action ne prend point ici le nom du maître de l'affaire (comme l'*exercitoria*), mais du gérant, que les Romains appelaient du nom général d'*institor*, nom général dont nous n'avons pas l'équivalent. Nous le nommons tantôt intendant, tantôt directeur ou inspecteur d'une fabrique ou d'un domaine rural, etc. Seulement, le plus souvent, ces personnes n'ont nullement le pouvoir de conclure elles-mêmes des contrats — L'*institor* peut être aussi une personne libre ou dépendant d'autrui. *L.* 7 § 1, 2 *eod.*

ici moins impérieuse que dans le commerce maritime, parce qu'ici le maître de l'affaire est le plus souvent proche de l'endroit où elle a lieu, et par suite personnellement accessible; aussi cette action est-elle moins favorable et moins étendue que l'exercitoria (*n*).

Ici encore il faut observer que le contrat doit être renfermé dans les limites des pouvoirs donnés; mais on n'exige pas du tiers qu'il examine si l'affaire est opportune et loyalement conduite (*o*).

Par le contrat, l'*institor* se trouve tout d'abord obligé, puis avec lui le maître de l'affaire, si bien qu'ici encore le tiers qui contracte a le choix entre deux actions (*p*).

L'action n'était pas accordée contre les tiers pour la poursuite des prétentions du maître de l'affaire; les moyens ordinaires de droit suffisaient pour atteindre ce but (*q*).

3. Actio de peculio. Dig. XV. 1 et 2. Cod. Theod. II. 32.

Cette action suppose qu'un père de famille a laissé à son fils ou à son esclave l'administration

(*n*) *L.* 1 *pr* § 5 *de exerc.* (14, 1). — Ainsi le *magister* peut se substituer un autre *magister* (ce qui peut être nécessaire en cas de maladie), l'*institor* ne le peut pas *L.* 1 § 5 *cit.*

(*o*) *L.* 5 § 11-13, *L.* 11 § 5 *de inst.* (14, 3), *L.* 7 § 2 *de exerc.* (14, 1).

(*p*) *L.* 7 § 1, *L.* 13 § 1, 2 *de inst.* (14, 3), cf. plus haut note *f*.

(*q*) *L.* 1 § 2 *eod.*, *L.* 5 *de stip. præt.* (46, 5), cf. note *l*.

indépendante d'une partie séparée de son patrimoine (*r*). Par là, il le rend jusqu'à un certain point *institor* de ce patrimoine, sans qu'il soit pour cela question d'un négoce déterminé.

Par suite des contrats de l'administrateur, le père de famille est obligé et tenu de répondre à l'*actio de peculio*. Mais ici encore, c'est l'affaire du tiers de se faire renseigner sur les pouvoirs de l'administrateur du pécule (*s*). Même dans le cas de libre administration, certains actes sont tacitement exceptés, notamment les donations, qui peuvent cependant être spécialement autorisées (*t*).

L'obligation du père de famille est restreinte à l'étendue actuelle du pécule, par l'abandon duquel il peut toujours, en conséquence, écarter l'action (*u*). De là encore cette règle spéciale que les dettes du fils envers son père sont tacitement prélevées (deductio), comme aussi les dettes du père envers son fils sont tacitement comptées dans le pécule (*v*).

4. Actio tributaria. Dig. XIV, 4.

(*r*) *L.* 46, *L.* 40 *pr.* § 1, *L.* 5 § 4, *L.* 8 *de pec.* (15, 1). — L'exposition complète de ce point rentre dans le droit de la famille.

(*s*) *L.* 48, *L.* 7 § 1 *de pec.* (15, 1), *L.* 1 § 1 *quæ res pign.* (20, 3).

(*t*) *L.* 7 *pr.* § 1, 2, 3 *de don.* (39, 5), *L.* 1 § 1 *quæ res pign.* (20, 3), Sueton., Tiber. C. 15.

(*u*) *L.* 32 § 1, *L.* 30 *pr.* § 4 *de pec.* (15, 1), *L.* 21 *pr.*, *L.* 9 § 4 *eod.*

(*v*) *L.* 5 § 4, *L.* 9 § 2-8 *de pec.* (15, 1), *L.* 38 *pr.* § 1, 2 *de cond. ind.* (12, 6).

C'est l'*actio de peculio* ordinaire, avec cette seule différence qui la sépare des règles de droit exposées pour cette première action, que le fils ou l'esclave exerce un commerce au su du père de famille. Dans ce cas, il ne faut pas attribuer au père de famille le droit que nous lui avons reconnu plus haut, à la *deductio* (note *v*), pour ses propres créances, et il doit venir au partage de la masse du pécule, comme les autres créanciers (*w*).

5. Actio quod jussu. Dig. XV, 4. Cod. Théod., II, 31.

Les Romains furent forcément amenés à admettre de très-bonne heure ce principe tout à fait antinaturel, que tout père de famille pouvait, par les contrats de son fils ou de son esclave, et même sans son consentement, acquérir des actions, tandis qu'il ne pouvait par eux devenir débiteur, même de son consentement.

Ce fut ce dernier principe qui fut mis directement de côté par l'action prétorienne *quod jussu*. Tout contrat passé par le fils ou l'esclave eut pour effet de donner action contre le père de famille comme débiteur, dès qu'il put être démontré que

(*w*) Il doit *in tributum ire* avec les autres créanciers. — Cette action est analogue à l'*institoria actio*, mais non tout à fait identique. *L.* 11 § 7 *de inst.* (14, 3), *L.* 7 § 11 *de Sc. Mac.* (14, 6).

celui-ci, sous une forme quelconque, par écrit ou oralement, avant ou après, avait donné son consentement au contrat. Il n'était pas nécessaire que cette manifestation de volonté fût impérative (comme semblerait le faire croire l'expression *jussus*); il suffisait qu'elle fût certaine; elle pouvait donc revêtir la forme d'un mandat ou d'une confirmation postérieure (*x*).

Les actions précédentes avaient pour base une administration continue, c'est-à-dire des opérations juridiques variées, ne pouvant se ramener à une seule. L'action dont il s'agit se rapporte toujours, au contraire, à une opération de droit unique, dont le père de famille peut et doit avoir une connaissance certaine.

6. Actio de in rem verso. Dig. XV, 3. Paulus, II, 9.

Cette action présente avec la précédente cette analogie, que le père de famille devient débiteur, et peut être actionné en vertu de contrats isolés passés par les membres de sa famille qui dépendent de lui. La différence consiste en ceci, que

(*x*) *L.* 1 § 1-6, *L.* 3 *quod jussu* (15, 4). — Cf. Chambon sur l'*actio quod jussu*, Beitraege zum Obligationenrecht (Documents sur le droit des obligations), t. 1, Iéna, 1851, p. 175-268. Là se trouve, aux p. 193-201, une recherche digne de remarque sur l'époque successive de l'introduction des actions prétoriennes dont nous traitons ici.

dans l'action *quod jussu* c'est la volonté du père de famille qui sert de base à l'obligation, tandis que, dans l'action dont nous nous occupons, c'est la circonstance tout autre, que le contrat doit procurer et procure, en effet, un bénéfice au père de famille; le père de famille se trouverait donc enrichi sans cause, si l'action contre lui était déniée (*y*).

Le fils ou l'esclave qui a conclu le contrat peut aussi, d'autre part, avoir un pécule. Alors le même contrat engendre, contre le père de famille, deux actions possibles, dont chacune a ses avantages et ses limites particulières. L'action *de peculio* est limitée par l'étendue actuelle du pécule, l'action *de in rem verso* par l'étendue du gain réalisé. Ainsi l'action acquerra une extension telle qu'elle réunira les avantages des deux actions, attendu que le demandeur pourra se prévaloir des bases juridiques de chacune d'elles (*z*).

D'après une opinion récente très-répandue, cette action devrait être donnée comme *utilis actio*, si

(*y*) *L.* 1 *pr.*, *L.* 3, *L.* 5, *L.* 7 § 4, 5, *L.* 10 § 4, 7 *de in rem verso* (15, 3).

(*z*) *L.* 1 § 1, *L.* 5 § 2 *de in rem verso* (15, 3), § 4 *J. quod cum eo* (4, 7), « licet enim una est actio... tamen duas habet condemnationes. » c'est-à-dire que, dans l'ancienne procédure, l'action ne devait comprendre qu'une seule *intentio*, mais avec deux *condemnationes* s'y rattachant cumulativement, dont le juge devait combiner le montant pour en former une *condemnatio* commune. — Cf. Keller, Litiscontestation p. 428, 429.

le contrat n'avait pas été passé par un fils ou un esclave, mais par une personne libre, indépendante. Cette doctrine s'appuie, comme on va le voir, sur un malentendu. La personne libre, qui passe un contrat dans mon intérêt, a toujours contre moi une action en recours, *actio mandati contraria*, ou *negotiorum gestorum contraria*, suivant qu'elle agit d'après mon mandat ou sans mandat. Cette action, il peut et doit la céder contre moi au tiers avec lequel il a contracté ; il n'est donc pas besoin d'une nouvelle invention du préteur pour lui procurer une action contre moi. Au contraire, quand mon fils ou mon esclave passe un contrat dans mon intérêt, il ne peut avoir contre moi cette action en recours (pas plus qu'aucune autre action) ; il ne peut donc la céder au tiers. De là la nécessité de compléter le droit pratique par l'action prétorienne *de in rem verso*, nécessité qui ne se présente pas dans le cas d'un contractant libre (*aa*).

(*aa*) Keller diss. ad *L.* 32 *de peculio*, Gœttingue, 1822. — Le droit d'action du tiers est très-justement reconnu dans la *L.* 7 § 1 *C. quod cum eo* (4, 26), mais il faut entendre et expliquer ce droit d'action comme nous l'avons fait plus haut dans le texte, non le considérer comme une extension postérieure de l'*actio* prétorienne *de in rem verso*. — D'après le perfectionnement graduel de l'*actio negotiorum gestorum contraria*, on pourrait admettre que le tiers avait déjà d'ailleurs une action directe contre le père de famille, puisque la considération d'un maître déterminé de l'affaire, ni même du véritable, n'est pas la condition de l'action ; c'est sim-

Il convient donc de concevoir les *actiones* dites *adjectitiæ qualitatis*, comme étant telles, que le créancier y a deux débiteurs, et peut poursuivre à son choix l'un ou l'autre, si bien que, s'il choisit l'action prétorienne, celle-ci a pour base une obligation contractée par représentation. Cette conception, si l'on considère le résultat pratique, est tout à fait exacte; elle l'est incontestablement d'après les idées et les formes de procéder du droit de Justinien ; mais, par rapport à la procédure de l'ancien droit, il faut adopter le tempérament suivant. Quand, par exemple, un *magister* avait contracté, c'est évidemment lui seul qui était débiteur dans l'obligation ; le *dare oportere* ne pouvait être affirmé que quant à lui, et son nom seul était mentionné avec cette expression dans l'*intentio*. Quant à l'*exercitor*, ce n'était pas l'obligation, mais l'action (le *condemnari oportere*), qui l'atteignait; il lui fallait répondre à l'action dont un autre était la cause, et cette nécessité pour lui était exprimée dans la *condemnatio*.

---

plement l'idée d'obliger un tiers (*L.* 5 § 1, *L.* 31, 36 *de neg. gest.* 3, 5, *L.* 14 § 1 *comm. div.* 10, 3). Alors l'*actio* prétorienne *de in rem verso*, comme accessoire de l'*actio quod jussu* et marchant parallèlement à elle, n'aurait plus été nécessaire. Mais il faut considérer que le libre perfectionnement des actions se produisit par degrés insensibles, et qu'il arriva peut-être un moment où l'*actio de in rem verso* avait trouvé place dans l'édit avant l'admission ou la reconnaissance générale de l'extension de l'*actio negotiorum gestorum*.

Les actions prétoriennes que nous avons ainsi groupées ont évidemment été introduites parce que, dans les cas où elles étaient employées, le droit civil ne donnait pas d'actions directes. On doit donc être surpris de voir plusieurs textes dire qu'à côté d'elles, le créancier peut encore intenter des actions directes (*bb*). On s'est efforcé d'écarter cette contradiction apparente en admettant qu'avec le temps, les actions civiles ont été étendues au delà de leur domaine primitif (*cc*). Mais, d'après cette supposition, les actions prétoriennes seraient par suite devenues superflues, tandis qu'elles nous sont partout représentées comme importantes en pratique, et même comme indispensables. Voici la vraie solution de cette difficulté : c'est que, dans ces textes, ce ne sont point les actions civiles quelconques qui sont présentées comme applicables, mais seulement une action civile unique, une *condictio*. Or ceci n'a trait qu'aux cas où le fils, ou bien l'esclave, a reçu un prêt d'argent avec le consentement du père de famille, ou dans son intérêt. Par cette opération le père de famille acquiert la propriété de l'argent, et, par suite, l'action de

(*bb*) § 8 *J. quod cum eo* (4, 7), *L.* 29 *de reb. cred.* (12, 1), *L.* 5 *pr. quod jussu* (15, 4), *L.* 17 § 4, 5 *de instit.* (15, 3).

(*cc*) Ainsi Schrader, dans son édition des Institutes, dans une note au § 8 *J. quod cum eo* (4, 7).

prêt directe contre lui trouve aussitôt une raison d'être (*dd*). Mais puisqu'il n'y a que cette opération juridique qui serve de base à une action civile directe contre le père de famille, il s'ensuit que les actions prétoriennes, beaucoup plus compréhensives et plus générales, sont loin d'être superflues (*ee*).

§ 55.

I. CONTRAT. B. PERSONNES. REPRÉSENTATION (suite).

Les anciens principes sur la représentation (§ 54) ont été de bonne heure restreints par un certain nombre d'exceptions proprement dites. Quelques-unes ont pour base les actions prétoriennes nouvellement créées ; nous venons de les exposer (§ 54) ; d'autres ont été établies par les empiétements

(*dd*) Dans les deux derniers textes cités plus haut (note *bb*), le prêt est expressément mentionné comme principe de l'action. — De ce cas de prêt, dans ses relations avec la représentation, il sera encore question plus loin (§ 57).

(*ee*) Le point de vue que j'essaie de soutenir ici est partagé par Chambon (V. plus haut note *x*), p. 251-268. — Il se trouve encore confirmé par la circonstance suivante. Dans le passage cité des Institutes (note *bb*), le concours de la *condictio* avec nos actions prétoriennes est présenté de la manière la plus large, et l'*actio de peculio* est seule passée sous silence. La raison en est que, si c'est un fils qui a reçu le prêt d'argent, la *condictio* contre le père, comme l'*actio de peculio*, sera exclue par l'*exceptio Sc. Macedoniani* (*L.* 6. *C. ad Sc. Mac.* 4, 28, *L.* 7 § 10 *D. eod.* 14, 6), tandis que cette exception n'exclut pas l'*institoria*, ni les autres actions énumérées ci-dessus. *L.* 7 § 11, 12, *L.* 12, *L.* 17 *de Sc. Mac.* (14, 6).

directs du préteur, qui accordait ou refusait les actions personnelles ordinaires en s'écartant de ces anciens principes, quand il y était provoqué par une impérieuse nécessité pratique. Nous allons exposer cette seconde classe d'exceptions.

7. Contrats du tuteur.

Quand un tuteur devient créancier ou débiteur, en agissant dans l'intérêt de son pupille, il n'est qu'un représentant étranger, incapable par conséquent, d'après les anciens principes, de figurer efficacement comme représentant. Il s'ensuivait que les droits et les obligations s'attachaient au tuteur lui-même, et qu'il pouvait en résulter des dangers et des complications qui ne répondaient certainement pas au but de l'institution (*a*).

Un palliatif assez efficace consistait dans la possibilité pour le tuteur de prélever sur la caisse du pupille les dettes qu'il avait prises à sa charge. Lorsque, à la fin de la tutelle, il restait des relations juridiques non réglées, des cessions et novations devaient avoir lieu pour apurer le compte.

(*a*) On retrouve des traces de ce principe rigoureux dans la *L.* 11 § 6 *de pign. act* (13, 7), *L.* 5 *C. quando ex facto* (5, 39). — Les expressions vagues *non semper*, et *nisi certis ex causis*, s'expliquent, dans ces textes, par la transformation dernière du principe lui-même (§ 56).

Un moyen juridique d'une entière efficacité pouvait encore être employé : le pupille passait lui-même le contrat et le tuteur l'autorisait ; ainsi le droit ou l'obligation atteignait directement la personne du pupille. Mais ce moyen était inapplicable durant l'enfance du pupille ; comme aussi quand le pupille et le tuteur ne résidaient pas dans le même endroit. — Enfin, on pouvait avoir recours à ce procédé : le tuteur ne stipulait pas lui-même, mais ordonnait à un esclave du pupille de le faire ; par là le pupille devenait directement créancier. Mais on n'avait pas toujours un esclave sous la main, et, de plus, il était complétement incapable quant aux actes judiciaires.

Lorsqu'à la fin de la tutelle, les dettes actives et passives, qui auraient dû s'appliquer au pupille, étaient encore dans le patrimoine du tuteur, le préteur y pourvoyait par un empiétement direct : il refusait les actions au tuteur et contre lui, et les donnait au contraire au pupille et contre lui, absolument comme si ce dernier avait été lui-même le vrai créancier ou débiteur. Il employait spécialement ce procédé dans les cas où le tuteur s'était engagé personnellement dans un rapport d'obligation, non par ignorance, ou par volonté arrêtée, mais parce que, se trouvant dans l'une des situations indiquées plus haut (par exemple

l'enfance du pupille), il n'avait pu éviter d'agir ainsi (*b*).

C'est par un procédé analogue qu'au commencement de la tutelle, le tuteur donnait caution et s'obligeait en répondant à la stipulation d'un esclave du pupille ou d'un esclave public, ou même d'un magistrat (*c*).

De même, quand un impubère était adrogé, on employait un esclave public, pour assurer, par voie de stipulation, le succès de la réclamation ultérieure de son patrimoine, par des intéressés encore inconnus (*d*).

8. Contrats passés par l'administrateur du patrimoine d'une ville (*e*).

Ici se présentent des rapports analogues à ceux que nous avons constatés pour le tuteur. Ici donc encore un remède pleinement efficace consiste à donner ordre à un esclave de la corporation d'acquérir une action par stipulation. A défaut de ce procédé, c'est l'officier administrateur lui-même qui est tout d'abord créancier ou débiteur ; seulement il arrive encore ici que les actions, comme

(*b*) *L.* 2 *pr.*, *L.* 9 *pr. de adm.* (26, 7), *L.* 26 *C. eod.* (5, 37). — *L.* 5, 6, 7, 8 *quando ex facto* (26, 9), *L.* 1, 2, 3, 4 *C. eod.* (5, 39). — *L.* 26 *de R. C.* (12, 1), *L.* 5 § 9 *de pec. const.* (13, 5).

(*c*) *L.* 1 § 15 *de mag. conv.* (27, 8), *L.* 2, 3, 4 *pr.*, *L.* 6 *rem. pup.* (46, 6).

(*d*) *L.* 18, *L.* 19 *pr.* § 1 *de adopt.* (1, 7).

(*e*) Sur le droit d'administration des *actores* ou *syndici* d'une *res publica*, cf. Système, t. 2 § 92.

utiles actiones, passent directement à la ville, ou contre elle (*f*).

9. Représentation des parties en justice (*g*).

Un procès peut engendrer des actions et des obligations d'espèces bien différentes. C'est d'abord l'*actio judicati*, intentée par le demandeur contre le défendeur condamné; puis les actions résultant des stipulations qu'entraîne le procès, tout particulièrement de la stipulation *judicatum solvi*.

Quand le procès n'avait point été soutenu de l'une des deux parts (ou du demandeur ou du défendeur), par la partie elle-même, mais par un représentant, il fallait distinguer, d'après les règles de l'ancienne procédure, si le représentant était un *cognitor* ou un *procurator*. Dans le premier cas, les actions et les obligations atteignaient directement la partie, non le représentant. Dans le second cas, elles atteignaient d'abord le représentant (le *procurator*), et non la partie; il fallait donc les transporter à celle-ci ou contre elle, après coup, par des cessions ou de simples compensa-

(*f*) L. 17 § 13 *ad mun.* (50, 1), L. 11 *pr.* § 1 *de usuris* (22, 1), L. 5, § 7, 8, 9 *de pec. const.* (13, 5), L. 27 *de R. C.* (12, 1).

(*g*) Nous ne pouvons mentionner ici ce cas qu'en passant, pour être complet; son examen détaillé rentre dans l'histoire de la procédure. Cf. sur ce point Bethmann-Hollweg, Versuche (Essais), p. 225-232.

tions; au besoin par des actions entre la partie et le *procurator* (*h*).

Dans le droit de Justinien, le *cognitor* a complétement disparu. Mais, en revanche, les principes que nous venons d'exposer, quant aux *procuratores*, ont cessé, longtemps avant Justinien, d'être renfermés dans leurs limites primitives. Au contraire, en considération des nécessités pratiques, le préteur, par un empiétement direct, et bien qu'évidemment les actions fussent nées pour et contre le *procurator*, les accordait pour et contre la partie elle-même. Cependant, en agissant ainsi, il ne mettait pas de côté l'ancien droit d'une manière générale, mais seulement après l'examen de la nécessité existant dans chaque cas isolé, c'est-à-dire seulement *causa cognita* (*i*).

En ce qui concerne les obligations qui pouvaient donner lieu à un procès par représentant, une série d'exceptions isolées restreignit de plus en plus les anciens principes sur la représentation (§ 54).

(*h*) Vatic. Fragm., § 317, 331, 332. — Keller, Litiscontestation, § 39-41. — Voici la forme employée quant au *cognitor* : la *condemnatio* s'appliquait bien à lui, mais l'*actio judicati* était refusée contre lui. La partie elle-même pouvait être poursuivie soit par l'*actio judicati*, soit même directement par la *stipulatio judicatum solvi*, qu'elle avait fournie.

(*i*) Les textes les plus importants sont : *L.* 17-28, *L.* 68 *d. proc.* (3, 3), *L.* 79 *de V. O.* (45 1), *L.* 5 *de stip. præt.* (46, 5). — La difficulté de les expliquer, comme aussi d'affirmer qu'ils concernent bien cette matière, vient, pour la plupart de ces textes, de ce que les *cognitores* ont peu à peu disparu, ce qui a dû donner lieu à bien des interpolations.

§ 56.

I. CONTRAT. B. PERSONNES. REPRÉSENTATION (suite).

Non-seulement les anciens principes sur la représentation (§ 54) ont été restreints par une série d'exceptions isolées (§ 54, 55); mais, de plus, les principes eux-mêmes ont été transformés. Restreints aux contrats d'une certaine espèce, ils n'ont plus conservé de valeur pour les contrats d'espèce différente. C'est cette transformation que nous allons exposer maintenant.

Elle se rattache à la distinction déjà mentionnée plus haut des contrats, en solennels et non solennels (§ 52, *q*). Dans la première classe, les anciens principes restrictifs ont conservé leur caractère; dans la seconde classe, ils ont été entièrement rejetés. Ce changement si important ne fut pas l'effet d'un principe arrêté. Il ne se produisit pas tout à coup, et de telle façon qu'on puisse déterminer le moment où il commença; il se forma, au contraire, graduellement, peu à peu, et à mesure que, dans les applications isolées, la pratique sentait le besoin de procéder plus librement. Cependant, nous trouvons un texte remarquable où ce

changement est reconnu en principe, et où se trouve indiqué d'une manière précise ce contraste des deux classes d'actes juridiques. Pour l'intelligence exacte de ce texte important, il faut préalablement rappeler que les anciens principes rigoureux, aussi bien que leur transformation postérieure, s'appliquaient non-seulement aux sources des obligations et, par suite, aux contrats, mais encore à toutes les opérations juridiques qui ont les biens pour objet. Ainsi donc, en ce qui concerne la propriété et les institutions qui se rattachent à la propriété, les enfants et les esclaves durent être capables d'enrichir le père de famille par leurs acquisitions, mais non de l'appauvrir par leurs aliénations. Au contraire, les personnes libres étaient incapables de représenter une autre personne dans une opération juridique quelconque soit que cette opération eût pour effet d'augmenter ou de diminuer son patrimoine (*a*). Ce furent ces principes rigoureux, qui se trouvèrent, en ce qui concerne les opérations juridiques se rapportant à la propriété, maintenus dans les actes solennels et rejetés dans les autres.

Le texte indiqué comme établissant, en principe, ce changement important, et distinguant les

(*a*) Cf. Système, t. 3, § 113.

deux classes d'opérations juridiques, s'exprime ainsi (*b*) :

> Modestinus (*c*), lib. XIV, ad Q. Mucium. Ea, quæ civiliter adquiruntur, per eos, qui in potestate nostra sunt, adquirimus, veluti stupulationem (*d*); quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet, volentibus nobis possidere, adquirimus.

En examinant ce texte sans préventions, il est évident tout d'abord que l'acquisition de la possession n'est pas (comme l'admet une opinion très-répandue) opposée à toutes les autres acquisitions, mais que le texte distingue au contraire en principe deux classes absolument différentes d'acquisitions, dont chacune est signalée par un exemple spécial. Et cette opposition ne s'applique pas proprement aux différentes formes d'acquisition, mais aux droits mêmes, qui sont acquis par l'une ou l'autre forme, c'est-à-dire aux objets de l'acquisition.

Ainsi doit être entendue sans doute aucun la

(*b*) *L.* 53 *de adq. rer. dom.* 41, 1).

(*c*) La question de savoir si ce nom est exact va être examinée plus loin.

(*d*) *Stipulationem* est la leçon florentine; beaucoup de manuscrits portent *per stipulationem*, plusieurs *per stipulationes* (par exemple le mien); par conjecture, on lit aussi *stipulatione* (Schulting, Notæ ad Dig., t. 6, p. 367). Toutes ces versions différentes ont le même sens, et se réfutent immédiatement. — La leçon : *per mancipationem*, se soutient, non pas comme texte exact des Pandectes, mais comme ayant été effacée par interpolation.

seconde moitié du texte, dont la leçon et l'explica- sont incontestées. L'acquisition par des représentants libres ne doit être admise que pour les droits qui s'acquièrent sans formes solennelles (*quod* naturaliter adquiritur); et c'est de cette classe de droits que la *possessio* est donnée comme un exemple frappant; or la *possessio* n'est point une forme d'acquisition, mais un droit à certains actes nécessaires pour acquérir.

Maintenant si le texte présente le sens intime et la corrélation que nous devons supposer chez tout écrivain consciencieux, il faut que la première moitié soit conçue entièrement dans le même ordre d'idées que la seconde moitié; et c'est ce qu'indiquent en effet les expressions que nous y rencontrons. Il y est dit qu'à nos enfants seuls et à nos esclaves il est permis d'acquérir pour les droits qui exigent des formes d'acquisition solennelles (*ea quæ* civiliter adquiruntur), et comme exemple de cette classe de droits, on cite la *stipulatio* (ea quæ... adquirimus, *veluti stipulationem*). Ainsi on ne peut méconnaître l'existence d'un parallélisme complet entre les deux moitiés du texte.

Cette explication paraît au premier abord combattue par la circonstance que la *stipulatio* ne désignait pas primitivement un droit, mais un acte, une opération juridique. Mais dans des textes non

contestés de Papinien et d'Ulpien, cette expression désigne aussi un droit, nommément l'obligation fondée sur la stipulation et l'action qui en résulte; c'est en ce sens que les anciens jurisconsultes déjà cités disent : *acquirere stipulationem* (*e*). Nous devons sans difficulté appliquer le langage de Papinien et d'Ulpien à l'explication d'un texte de Modestin, ou du véritable auteur quel qu'il puisse être. — Et ce langage, quoique certainement employé, ne se présentait cependant pas très-fréquemment; il a pu facilement échapper aux interprètes et aux traducteurs. Ainsi s'expliquent les variantes et conjectures citées plus haut : per *stipulationem*, etc. (note *d*). Elles doivent être rejetées en masse, d'abord parce que, si l'on examine attentivement le texte, elles sont inutiles; ensuite, parce qu'elles détruisent le parallélisme de ces deux moitié; enfin, parce qu'elles supposent une construction forcée au plus haut point, au lieu de celle qui se présente en effet, simple et naturelle. Car, d'après ces leçons, les mots *veluti*

(*e*) *L.* 15 § 3 *de castr. pec.* (49, 17) (Papin.)... « Quæ ratio suadet, ut, si ab ipso patre servus, qui ad filium pertinet, stipuletur ex quacumque causa, vel traditum accipiat : *sic adquiratur filio res et stipulatio*, quemadmodum si exter promisisset... » — *L.* 7 *pr. de auct.* (26, 8) (Ulpien). « Quod dicimus, in rem suam auctoritatem accommodare tutorem non posse, totiens verum est, quotiens per semetipsum, vel subjectas sibi personas *adquiritur ei stipulatio*... » — De même encore : *L.* 18 *pr.* § 3 *de stip. serv.* (45, 3) de Papinien, et *L.* 25 § 2 *de usufr.* (7, 1) d'Ulpien.

per *stipulationem* fourniraient un exemple expliquant le sens du mot *civiliter;* ils devraient donc en être rapprochés, tandis qu'ils sont rejetés à un endroit très-éloigné et ne peuvent se construire, comme servant d'exemple, qu'avec le mot *adquirimus*, qui les précède immédiatement. Ces raisons combattent aussi l'assertion des écrivains modernes, qui, sans contester le texte des Pandectes Florentines, affirment que l'ancien jurisconsulte avait écrit : *per mancipationem*, et que Tribonien aurait substitué : *per stipulationem* (*f*). En outre, la supposition de cette interpolation est tout à fait arbitraire et sans fondement; car le texte, tel qu'il est conçu, est très-satisfaisant, même au point de vue des anciens jurisconsultes.

L'explication du texte ici proposée doit encore répondre à l'objection, que la stipulation n'est point *juris civilis* d'une manière générale (comme il faudrait le supposer ici), mais en partie *juris civilis*, en partie *juris gentium* (*g*). Cette objection repose sur une confusion que j'ai déjà essayé

(*f*) Puchta, Institutes, § 203, *n.* Vangerow, p. 294, Buchka, p. 116. — Si l'on voulait essayer de mettre simplement *mancipationem*, au lieu de *per mancipationem*, cette leçon serait encore plus inadmissible. Car il est certain que jamais un ancien jurisconsulte n'a dit *mancipationem adquirere* (au lieu de *rem* ou *dominium per mancipationem*), et l'analogie tirée de l'expression *stipulationem adquirere*, ne saurait avoir aucune valeur.

(*g*) Puchta, Institutes, t. 2, § 203, *n.*

de démontrer en un autre endroit (*h*). La stipulation était en grande partie *juris gentium* en ce sens qu'on regardait les pérégrins mêmes comme capables d'en faire une. Mais elle était et resta de tout temps *juris civilis* en ce sens qu'elle était fondée sur une forme rigoureusement positive de manifestion de volonté, de sorte que sans l'observation de cette forme, elle ne pouvait ni se conclure, ni produire d'effet. Or c'est simplement de cette différence de formes qu'il est question dans notre texte, et non de capacité personnelle de contracter.

Maintenant, si nous regardons cette explication du texte comme fondée en soi, elle demande à être complétée à deux points de vue, qui rentrent tout à fait dans la pensée de l'auteur, et sans lesquels le vrai sens du texte ne saurait être compris.

D'abord le retour continuel, dans le texte, de l'expression *adquirere* pourrait inspirer l'idée fausse que l'auteur veut simplement parler de la propriété et des institutions qui s'y rapportent. Mais l'exemple de la stipulation donnée dans le texte nous prémunit contre cette erreur. Et si nous poursuivons cette idée jusqu'au bout, il nous faut

(*h*) V. plus haut, t. 1, § 5, 6, P. 27, 31 (p. 40, 44, trad.).

bien admettre que l'auteur a aussi eu en vue, dans la seconde moitié du texte, les obligations contractée sans formalités. Il eût donc pu compléter l'exemple qu'il apporte : *sicuti est possessio*, par ces mots : *vel emptionis venditionis contractus*, et c'est tout à fait par hasard qu'il ne les y a pas mis. Car cet exemple répondait aussi, sans aucun doute, à l'idée de cet ancien jurisconsulte.

En outre, le texte ne parle expressément que d'*adquirere*, c'est-à-dire que des actes par lesquels on acquiert, on augmente son patrimoine. Mais, d'après le sens du texte, il est indubitable que des actes non solennels, desquels résulte une diminution du patrimoine, soit par suite d'aliénations, soit par suite de dettes contractées, peuvent aussi émaner de libres représentants. C'est ce qui peut arriver, d'une manière pleinement évidente, par la possession (*i*), quoique notre texte n'en dise rien. Et il faut certainement admettre qu'il en est de même quand le tiers contracte une dette, dans les cas qui n'exigent point de formalités. On peut d'autant moins en douter, que, précisément dans les plus importants de ces contrats (par exemple la vente), l'acquisition du droit se rattache néces-

(i) § 42, 43. *J. de rer. div.* (2, 1). § 9 *de adqu. rer. dom.* (41, 1). *L.* 41, § 1, *de R. V.* (6, 1), *L.* 9,

sairement à la naissance d'une obligation corrélative (§ 52, n° 2).

Enfin, il nous reste à rendre compte de l'auteur de notre texte. D'après tous les manuscrits connus et toutes les éditions, cet auteur est Modestin. Mais on a fait valoir contre cette circonstance l'argument assez fort que l'ouvrage cité ici : *Modestinus ad Q. Mucium,* ne se rencontre pas dans l'*Index Florentinus,* et ne se trouve cité comme rubrique dans le Digeste que pour deux textes (*k*), tandis qu'un grand nombre de textes dans le Digeste sont extraits de *Pomponius ad Q. Mucium.* En conséquence, des critiques éminents ont cherché à corriger dans la rubrique de notre texte le nom de *Modestinus* par *Pomponius* (*l*). — Les motifs intrinsèques m'engagent plutôt à préférer le nom des manuscrits *Modestinus*, parce qu'une décision si importante et si formelle, en supposant qu'elle eût été émise à l'époque reculée de *Pomponius,* eût vraisemblablement été citée dans les nombreux écrits des grands jurisconsultes postérieurs. Cette remarque ne s'applique nullement à

(*k*) *L.* 53, *de adqu. rer. dom.* (41, 1) de *Modestinus, lib.* XIV, *ad Q. Mucium* et *L.* 54 *eod.* de *Modestinus lib.* XXXI *ad Q. Mucium.*

(*l*) D'Arnaud, conject. Lib. 2. Cap. 29. — Schulting, notæ ad Dig., t. 6, p. 366. — Bluhme. Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaf (Revue historique du droit), t. 4, p. 441.

Modestin, après l'époque duquel on ne rencontre plus d'écrivain juridique éminent.

Nous allons maintenant résumer brièvement l'ensemble historique qui résulte de l'explication que nous avons donnée de notre texte.

Le principe rigoureux, peu commode en affaires, de l'ancien droit, qui interdisait la libre représentation dans toutes les opérations juridiques (§ 54), fut transformé dans le cours des temps, par suite de la constatation de nécessités pratiques.

C'est ce qui fut d'abord décidé d'une manière complète pour l'acquisition et la perte de la possession. Et ainsi se forma la règle, que la possession est le seul droit qui puisse s'acquérir par libre représentant, et la règle ainsi formulée demeura longtemps traditionnelle, même à l'époque postérieure, où elle avait cessé depuis longtemps d'être exacte (*m*).

Mais bientôt on reconnut la capacité des libres représentants pour d'autres opérations juridiques

(*m*) § 5 *J. per quas pers.* (2, 9), *L.* 1, *C. eod.* (4, 27). Paulus V, 2, § 2. — Cf. Savigny, Possession, § 26, et Système, t. 3, § 113, *p.* — Puchta, Inst., t. 2, § 203 *n.* admet volontiers ce texte comme expression exacte du dernier état du droit.

non solennelles; d'abord dans quelques applications isolées seulement, importantes d'ailleurs et décisives; ensuite, en principe, en distinguant expressément les actes solennels (civils) des non solennels (naturels). Cette dernière situation existait peut-être dès le temps de Pomponius (au deuxième siècle); peut-être seulement au temps de Modestin (au troisième), et, d'après quelques écrit vains, seulement sous Justinien, pour le cas où l'on admettrait, comme leçon primitive exacte, *per mancipationem,* contrairement à l'opinion que nous avons soutenue (*n*).

Nous voulons, en outre, mieux dégager et mettre sous les yeux la conséquence pratique de cette nouvelle explication, d'abord dans le droit de Justinien, puis ensuite dans le droit actuel.

Dans le droit de Justinien, l'ancienne règle rigoureuse a subsisté pour les opérations juridiques solennelles, mais elle ne rencontrait plus

(*n*) V. plus haut, note *f*. — Il est difficile de comprendre que Puchta, et ceux qui suivent la même voie, veuillent tirer de la prétendue interpolation de Tribonien un appui pour leur opinion sur les vraies doctrines du droit de Justinien. Car précisément si l'interpolation était vraie (ce qui n'est pas admissible), alors la règle que je défends devient drait incontestable pour le dro- de Justinien; il résulterait, en effet, clairement de l'interpolation, que c'est avec intention et connaissance de cause que les compilateurs auraient formulé cette règle.

qu'un seul cas d'application : la stipulation. Dans celle-ci donc, la représentation était toujours impossible par un homme libre; elle était possible par un esclave (o), mais seulement pour acquérir, et elle s'opérait nécessairement, sans égard à la volonté du maître ou de l'esclave.

Au contraire, la représentation est admise d'une manière absolue dans les opérations juridiques non solennelles, sans distinguer si l'on acquiert un droit ou si l'on contracte une obligation, et sans égard à la situation personnelle du représentant relativement au maître de l'affaire. Tout dépend de la volonté des personnes qui prennent part à l'opération.

De ces deux principes du droit de Justinien, le premier s'est évanoui pour nous sans laisser de traces, puisque nous ne connaissons plus ni stipulation ni esclaves. Le second principe forme donc dans le droit actuel la seule règle pour la représentation, et la libre représentation est maintenant permise et applicable sans restrictions.

La règle du droit actuel que nous venons d'ex-

(o) Je dis : par un esclave, et non plus, comme dans le droit antérieur, par un esclave ou un fils en puissance paternelle, car celui-ci n'acquérait plus alors nécessairement pour son père. Si donc il voulait arriver à conclure des contrats au nom de son père, il se trouvait par rapport à lui dans la même situation qu'un libre représentant. Ce point ne peut être exactement éclairci que dans la théorie du droit de la famille.

poser a été reconnue d'une manière décisive par deux textes du droit canon (*p*).

Pour terminer cette recherche, il nous reste à résoudre une question : quelle est l'influence de la doctrine du droit actuel, que nous venons d'exposer, sur les exceptions, énumérées plus haut, apportées à la rigueur de l'ancien principe? (§ 54, 55) Ces exceptions avaient été introduites pour adoucir dans l'application une rigueur qui restreignait trop les affaires. Cette nécessité n'existe plus dans le droit actuel; aussi, en fait, la plupart des exceptions ont-elles disparu dans ce droit. Nous allons démontrer ce point en détail.

Les actions exercitoires et institoires (§ 54, n°s 1, 2) avaient été introduites, parce que les contrats du *magister* ou de l'*institor* ne pouvaient être pour le tiers contractant la base d'un droit d'action contre le maître de l'affaire. Cette nécessité a disparu par suite du principe moderne de la libre représentation, et ainsi ces actions pour-

(*p*) *C.* 68 *de reg. jur.* in VI, (5, 12). « Potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum. » — *C.* 72 *eod.* «Qui facit per alium, est perinde ac si faciat per se ipsum. » — Ces textes présentent la règle d'une manière abstraite. Mais elle est, dans le droit canon, déterminée par beaucoup d'applications isolées. (Cf. Buchka, § 17).

raient paraître aujourd'hui superflues. Toutefois les conditions d'exercice de ces actions avaient été organisées, dans la procédure romaine, avec un esprit tout pratique, et cette organisation des institutions dont nous nous occupons est encore applicable dans notre droit général actuel; aussi les nouveaux Germanistes en ont-ils fait un emploi très-étendu (*q*).

L'action *de peculio*, dont la *tributoria* est une simple modification (§ 54, n° 3, 4), ne peut plus se présenter. Nous n'avons plus d'esclaves, et en ce qui regarde les enfants en puissance paternelle, le pécule n'a plus la signification romaine. Dans les cas où le droit romain accordait l'action *de peculio* contre le père à raison des contrats du fils, nous considérons le fils, ou comme un autre représentant quelconque, ou, suivant les circonstances, comme *institor* du père.

De même l'action romaine *quod jussu* est inapplicable (§ 54, n° 5). Le mandat donné par un père à son fils de contracter un engagement est

(*q*) Ainsi Thœl, Handelsrecht (droit commercial), t 1. § 34 et s. — Cf., plus haut, t. 1, § 27 *a*. — D'ailleurs il y a doute et controverse sur la question de savoir jusqu'à quel point les principes romains ont conservé leur valeur dans le droit actuel, spécialement en ce qui touche l'engagement solidaire entre plusieurs maîtres d'un commerce, et aussi l'obligation personnelle de l'*institor*. Cf. Buchka, p. 227, 244, 247 et suiv. L'examen de ces questions est en dehors des limites de la présente recherche, et rentre dans le droit commercial actuel.

valable maintenant, comme tout mandat de même espèce donné à un étranger.

Il faut en dire autant de l'*actio de in rem verso* (§ 54, nº 6). Car le motif pour lequel les Romains avaient jugé nécessaire cette action spéciale, dans les contrats des enfants et des esclaves (§ 54 *aa*), a disparu dans le droit actuel, même quant aux enfants.

De même le secours artificiel que le préteur avait accordé par un empiétement direct, quand le tuteur avait contracté pour le pupille, l'administrateur des biens d'une ville, pour cette ville, le procureur dans un procès, pour la partie (§ 55, nºˢ 7, 8, 9), doit être aujourd'hui regardé comme superflu. Toutes ces personnes rentrent maintenant sous la règle commune qui permet d'une manière générale la libre représentation. Particulièrement les tuteurs et les officiers municipaux ont pour base de leur droit de représentation, non plus un mandat originaire, c'est-à-dire un contrat passé avec celui qu'ils représentent, mais bien la fonction dont ils sont revêtus, et qui produit quant à eux le même effet qu'un mandat quant aux autres personnes.

§ 57.

I. CONTRAT. B. PERSONNES. REPRÉSENTATION (suite).

Pour exposer la théorie qui précède, sur la différence du droit de Justinien et du droit de l'époque antérieure quant à la représentation, nous ne nous sommes, à vrai dire, appuyé que sur un seul texte de nos sources de droit. En fait, ce témoignage fût-il unique, nous n'en tiendrions pas moins la théorie elle-même pour vraie et fondée. Mais il pourrait paraître surprenant et singulier que d'un changement si important, et qui a dû pénétrer si profondément les affaires journalières, il ne se soit conservé aucune autre trace. Il n'en est pas ainsi. Nous trouvons au contraire beauboup de témoignages qui nous montrent ce changement dans des applications isolées, et viennent ainsi confirmer et fortifier cette décision générale et de principe. J'ai laissé jusqu'ici de côté ces témoignages, afin de ne pas compliquer, en l'interrompant, le cours de mes recherches. J'y reviens présentement, ce qui m'offre en même temps l'occasion de déterminer plus rigoureusement le vrai sens de la règle même que j'ai formulée, et de

faire ressortir le contraste qui existe entre elle et les autres principes de droit voisins.

Si donc nous abordons la doctrine de nos sources de droit, en tant qu'elle touche aux rapports juridiques dont il s'agit, nous trouvons proclamée comme un fait incontesté, durant toute la période des grands jurisconsultes, l'importante distinction des actes juridiques en solennels et non solennels, distinction qui précisément trouve sa principale application dans le cas de conventions obligatoires (§ 52, *q*). A cette distinction se relie toute la théorie déduite plus haut (§ 56), et nous avons d'abord à rechercher quelles sont les conséquences qui dérivent, par un enchaînement nécessaire, de la nature des conventions non solennelles.

Dans ces conventions non solennelles rentrent d'abord les contrats consensuels, ensuite les contrats réels ; car la tradition qui y intervient à l'origine n'est aucunement une forme de manifestation de volonté ; puis le constitut ; enfin le simple pacte, qui, bien que produisant d'autres effets importants, n'engendre pas d'action (*a*).

(*a*) Le commodat et le dépôt sont ici absolument sur la même ligne que les contrats consensuels, et tous ces contrats sont incontestablement régis par la règle de la *bona fides*. Seul le prêt, quoique non solennel, n'est cependant pas *bonæ fidei*, mais *stricti juris*. Mais à la fin de ce paragraphe, il sera spécialement traité de la nature particulière du prêt, par rapport à la représentation.

Pour toutes ces conventions il existe cette règle commune, que le seul fait décisif, c'est la manifestation de l'accord des volonté, et que la forme de la manifestation de cette volonté est complétement indifférente. Cette règle est en corrélation avec la circonstance que presque toutes ces conventions sont *bonæ fidei* (note *a*) ; d'où il suit naturellement qu'elles doivent être jugées d'après l'esprit et l'intention des parties, indépendamment de toutes formes civiles. Pa suite, ces conventions peuvent être passées ou en présence des parties ou en leur absence ; et dans ce dernier cas, l'affaire peut se conclure aussi bien par une lettre que par un messager, qui doit être assimilé à une lettre vivante. Cette dernière forme a-t-elle été choisie, le messager (*nuncius*) est alors le simple porteur d'une volonté étrangère. On ne peut pas dire qu'il conclut un contrat dont les effets doivent rejaillir sur une tierce personne ; mais ce sont les parties mêmes qui contractent, et le messager est simplement l'instrument qui sert à manifester leur volonté (*b*).

(*b*) Ç'aurait donc été une grave erreur que de nier la capacité du *nuncius* à cause de la règle que personne ne peut acquérir de droits par des actes d'une *libera persona*; car ce n'est pas (juridiquement) le messager qui agit, c'est au contraire l'absent qui n'emploie le messager que comme l'organe de sa volonté. La réfutation de l'objection que nous venons de mentionner se trouve clairement exprimée dans le texte suivant de Paul : *L.* 15 *de pec.*

Tous ces points sont si clairement et si fréquemment reconnus dans nos sources de droit, qu'ils ne peuvent donner lieu à aucun doute (*c*). Ils sont même expressément reconnus par les adversaires ci-dessus mentionnés (§ 56) de mon opinion (*d*). Lors donc que ces auteurs nient cependant la possibilité d'une représentation avec des effets s'appliquant directement au représenté, il est évident que tout ce conflit d'opinion dépend de la distinction du messager (*nuncius*) avec le représentant ou fondé de pouvoirs (*procurator*), et nous devons rechercher le vrai sens de cette distinction dans la vie des affaires, pour trouver une base solide ou asseoir toute la discussion.

La dénomination du messager (nuncius), et son assimilation répétée avec une lettre, nous conduit sans peine à une conception fort exacte de cette idée. La lettre est un instrument privé de connais-

const. (13, 5) « Et licet libera persona sit, per quam tibi constitui, non erit impedimentum, quod per liberam personam adquirimus : quia *ministerium tantummodo* hoc casu præstare videtur. » — Même en dehors des contrats, il se présente plusieurs cas où l'objection apparente tirée de ce qu'une personne, contrairement à notre règle, acquiert des droits par les actes d'autrui, est écartée d'une manière analogue. Ainsi dans la *L.* 72 *de proc.* (3, 3), *L.* 24 § 2 *de usur.* (22, 1). *L.* 12 *pr. de reb. auct. jud.* (42, 5), *L.* 3 *pr. quod vi* (43, 24. (Fragm. Vatic. § 112, 134).

(*c*) *L.* 2 § 2 *de O. et A.* (44, 7) « Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur : *veluti per epistolam, vel per nuncium* » (Les contrats consensuels).—*L.* 1. § 2 *de contr. emt.* (18, 1). — *L.* 2 *pr. de pactis* (2, 14). — *L.* 14 § 3, *L.* 15 *de pec. const.* (13, 5).— Cf. *L.* 1 § 1 *de proc.* (3, 3). *L.* 25 § 4 *de adqu. her.* (29. 2), *L.* 37 *pr. ad Sc. Treb.* (36, 1).

(*d*) Mühlenbruck, § 11, P. 108, 109. Puchta Pandekten, § 573, 275. Buchka P. 205.

sance et de volonté, et ainsi peut-il incontestablement en être du messager. Ainsi, je veux acheter un cheval; le vendeur en exige cent, je ne peux m'avancer jusque-là, et nous nous séparons sans conclure; mais j'envoie plus tard un messager avec la déclaration que j'acquiesce à la demande de mon cocontractant, ce messager est alors porteur de ma réponse affirmative, sans qu'il sache de quoi il est question; il est donc un instrument privé de connaissance et de volonté, absolument comme une lettre.

Mais il n'y a aucune raison pour s'arrêter et s'en tenir à ce cas rigoureusement déterminé. Quand je dis au messager de quoi il est question, ce n'est plus simplement de ma réponse affirmative, mais de l'ensemble complet de ma volonté manifestée qu'il est porteur; il n'est plus un instrument privé de connaissance, comme la lettre, mais il reste toujours privé de volonté. Personne ne doutera cependant que ce contrat ne doive encore valoir, absolument comme s'il avait été conclu par moi-même. Enfin je charge le messager de traiter à un prix aussi rapproché que possible de quatre-vingt-dix et de donner cependant son consentement jusqu'à cent, en cas de besoin; alors le mesager n'est déjà plus complétement sans volonté, puisqu'il lui est laissé une certaine liberté

de conduite. Le cas où il a été traité à cent est absolument sur la même ligne que le cas précédent ; s'il a été traité à quatre-vingt-dix, il y a assurément eu une certaine initiative de la part du représentant ; cependant on cherchera difficilement à noter une différence entre les deux cas, en ce sens que, dans le premier cas, le représentant apparaîtrait comme simple messager, avec effet direct du contrat à l'égard du représenté; tandis que dans le deuxième cas, il apparaîtrait comme fondé de pouvoir, et il naîtrait des *utiles actiones* pour et contre le représenté.

Nous allons maintenant faire encore un pas en avant. J'ai donc vu chez un marchand plusieurs chevaux dont chacun paraît avoir ses avantages et ses inconvénients spéciaux. Je donne à une personne, que je sais s'y connaître mieux que moi en chevaux, le mandat de choisir pour moi le cheval qu'elle considère comme le plus convenable, et de l'acheter en mon nom, et, pour cette mission, je lui laisse plus ou moins de liberté dans la détermination du prix. Ici le représentant a un champ d'action très-large pour se décider et faire son choix. Conclut-il le contrat en mon nom, il faut alors, sans difficulté, le considérer et le traiter comme le simple messager des cas précédents, quelque nom que nous puissions lui appliquer d'ail-

leurs; car ma volonté, dirigée sur plusieurs contrats entre lesquels le choix est laissé au représentant, n'en est pas moins toujours ma volonté, et le représentant lui-même apparaît dans tous ces cas, vis-à-vis de l'autre partie, comme le simple *porteur de ma volonté*.

La comparaison de ces différents cas conduit à la conviction que tous, envisagés juridiquement, ont une nature absolument semblable. Il importe peu que le représentant porte à l'autre partie ma résolution unique, ou qu'au contraire, de plusieurs résolutions par moi autorisées, il en choisisse une librement et spontanément. Il importe donc peu que le représentant apparaisse dans l'opération avec plus ou moins d'initiative. Il est tout à fait impossible de fixer une limite exacte entre ces cas si variés, et il n'y a non plus aucun motif sérieux pour admettre l'influence d'une telle limite. Car, dans tous ces cas, c'est moi qui, par ma volonté, conclus la convention, et le représentant est simplement le porteur de ma volonté. Par suite, il ne résulte pour lui du contrat ni droits ni obligations (*e*), mais ces résultats s'appliquent direc-

(*e*) Je dis : *du contrat*, en ce que, par suite de ce contrat, l'autre partie ne peut actionner le représentant, ni être actionnée par lui. Car le représentant est d'ailleurs tenu envers moi, en vertu du mandat, qu'il doit accomplir honnêtement, et avec la diligence convenable.

tement à moi ; et cette théorie est tout à fait celle du droit romain. Si donc mes adversaires veulent faire en ce sens une distinction entre le messager et le fondé de pouvoirs, il faut, suivant moi, rejeter entièrement leur théorie (*f*).

Il faut, à l'inverse, reconnaître, d'un autre côté, une distinction importante entre les divers cas de représentation ; et la confusion des deux principes que nous signalons ici me paraît être la vraie cause des différences d'opinion observées dans cette théorie.

Si, en effet, je veux conclure un contrat à l'aide d'un représentant, je puis atteindre ce but de deux manières.

Je puis procéder premièrement de manière qu le représentant se présente, négocie et traite en mon nom. C'est le cas que j'ai supposé jusqu'ici, cas où il n'importe en aucune façon que j'aie laissé au représentant plus ou moins de liberté et d'initiative. — Alors les actions réciproques naissent

(*f*) C'est à dessein que je m'explique hypothétiquement : Si mes adversaires, etc. Car aucun d'eux n'a nettement déterminé l'idée *de nuncius*, qu'ils ne rejettent cependant pas (parce qu'elle est partout admise en droit romain). L'expression de Puchta (Porteur des manifestations de volonté) se concilie parfaitement avec ma doctrine. Mais, au contraire, la manière dédaigneuse dont ils mentionnent seulement en passant et expédient le *nuncius* indique l'adoption de la doctrine inexacte que je me suis efforcé de combattre plus haut dans le texte. Buchka, p. 206, présente mieux que tout autre la détermination de la limite entre le messager et le représentant, que je combats ici.

directement entre moi et la partie adverse, si bien que cette partie adverse n'est liée avec le représentant par aucun rapport de droit (*g*). La raison en est que la partie adverse n'a eu en vue, comme contractant avec elle, que moi, non le représentant (*h*).

Mais, en second lieu, je puis aussi concevoir l'opération de manière que le représentant doive négocier et traiter en son propre nom, si bien que, dans notre intention, ce sont seulement les conséquences ultérieures résultant du contrat qui m'atteindront. Ici les actions réciproques naissent seulement entre le tiers et le représentant, non entre le tiers et moi, parce que le tiers n'a pas pensé à moi, qu'il n'a pas voulu faire affaire avec moi. Le représentant doit alors me transférer le

(*g*) On suppose que le représentant s'est renfermé dans les limites du mandat qui lui avait été donné. La partie qui veut contracter sûrement doit se renseigner sur ces limites, absolument comme dans les contrats passés avec un *magister* ou *institor* (§ 54, *i*, *o*).

(*h*) Ainsi en est-il presque toujours chez le représentant chargé d'une opération juridique unique; dans ces cas, les vrais contractants ne peuvent pas penser à céder les droits au représentant ou à lui imposer les obligations. S'il se présente par hasard des cas isolés et rares, où le tiers contractant veut aussi engager le représentant dans l'obligation, il peut y arriver par une obligation corréale ou par un cautionnement. — Dans le cas d'une représentation qui embrasse un grand nombre d'opérations comme celle de l'*institor*, il en sera souvent tout autrement. Ici peut-être le tiers contractant ne connaît que l'*institor*, et a confiance en lui personnellement ; le maître de l'affaire peut être une personne éloignée, ou inconnue, même une société. La nature de cette institution doit donc être combinée ici de façon que le tiers ait le choix entre l'action *institoria* contre le maître, et l'action du contrat contre l'*institor* (Cf. toutefois plus haut, § 56, *q*.).

cheval qu'il a acheté, recevoir de moi le prix de vente, etc.

Cependant, même dans ce second cas, des actions peuvent naître indirectement entre le tiers et moi : j'actionnerai le tiers avec l'action du contrat que mon représentant m'a cédée et devait me céder ; et même en l'absence d'une cession effective par une *utilis actio* (i). — Le tiers m'actionnera au moyen d'une *utilis actio* par analogie de l'action institoire; la raison en est qu'il aurait pu contraindre le représentant, par l'action que lui donne le contrat, à lui céder son action en recours contre moi (l'*actio mandati contraria*).

Si l'on veut indiquer l'opposition entre ces deux cas par les expressions *nuntius* et *procurator*, je ne trouve à y faire en elles-mêmes aucune objection. Seulement, la solution de la question n'en est guère plus avancée, parce que ces expressions sont vagues, et qu'il serait difficile de les faire accepter généralement avec cette signification.

Avant de citer les textes du droit romain qui concordent avec la théorie que je viens d'exposer, je dois la compléter en ajoutant cette remarque que, dans les cas de représentation de la seconde espèce, il n'y a aucunement à distinguer les con-

(i) Cf. plus haut, t. I, § 23. nº IV, p. 239 et s. (p. 265 et suiv. trad.)

trats solennels des non solennels. Quand une personne, sur mon mandat et dans l'intérêt de mes affaires, stipule ou promet en son propre nom, des actions directes naissent entre elle et le tiers, tandis que des actions indirectes naissent entre le tiers et moi, au moyen d'une cession vraie ou supposée, et aussi par analogie de l'action institoire (*k*). L'effet produit est donc ici absolument le même que celui que nous avons indiqué pour la vente et les autres contrats non solennels. Il n'y a, sur ce point, aucune distinction à faire entre les contrats solennels et non solennels (*l*).

Ulpien résout un cas de dépôt exactement d'après la distinction que nous venons d'exposer entre la représentation de la première et de la seconde espèce (*m*).

> Si te rogavero, ut rem meam perferas ad Titium, ut is eam servet, qua actione tecum experiri possum, apud Pomponium quæritur. Et putat, tecum mandati; *cum eo vero, qui*

(*k*) Le cas d'*actio ad exemplum institoria actionis*, quand mon procureur promet dans une affaire qui me concerne, se présente dans la *L.* 19 *pr. de inst.* (14, 3). — De même à l'inverse pour l'acquisition d'un droit d'action. *L.* 29 *de R C.* (12, 1).

(*l*) il suit donc de là que la distinction faite par Modestin entre les contrats solennels et non solennels (§ 56) n'a de signification pratique que quant au représentant de la première espèce qui conclut un contrat non solennel comme représentant, non en son propre nom. Dans la stipulation, une représentation de la première espèce ne peut en aucune façon se présenter, parce qu'une stipulation ou une promesse, appliquée à la personne du représenté, serait nulle en soi.

(*m*) *L.* 1 § 11 *depos.* (16, 3).

eas res receperit, depositi. Si vero tuo nomine receperit, tu quidem mihi mandati teneris, *ille tibi depositi : quam actionem mihi præstabis, mandati judicio conventus.*

Quand je veux déposer ma chose chez Titius par le moyen d'un messager, le messager la dépose ou en mon nom ou en son nom propre. Dans le premier cas, l'*action depositi* me sera acquise directement ; dans le second cas, elle sera acquise au messager, mais il devra me la céder (*n*).

C'est d'un représentant de la deuxième espèce que parle Ulpien dans le texte suivant, cité souvent, mais à tort, par mes adversaires à l'appui de leur théorie (*o*) :

Si procurator vendiderit, et caverit emtori, quæritur an domino, vel adversus dominum, actio dari debeat. Et Papinianus, libro tertio Responsorum, putat cum domino *ex emto agi posse utili actione, ad exemplum institoriæ*

(*n*) Un cas de la deuxième espèce s'appliquant au dépôt avec *utilis actio* se présente chez Paul, Coll. L L. Rom. et Mos. t. 10, § 7. — Le cas de la *L.* 8 *C. ad exhib.* (3, 42) ne se rapporte nullement à la représentation, car le propriétaire ne sait absolument rien du (second) dépôt ou commodat. Cependant on lui accorde une *utilis actio* par des motifs identiques (cf. note *i*); le *pactum* n'est donc nullement l'origine de l'action. Cf. sur ce texte : Système t. 4, 175, *o*. Un texte analogue est la *L.* 5 § 9 *de pec. const.* (13, 5), puisque le tuteur, etc., n'a reçu aucun mandat du représenté, mais doit cependant être traité comme si les fonctions qu'il exerce équivalaient pour lui à un mandat.

(*o*) *L.* 13 § 25 *de act. emt.* (19, 1).

actionis, si modo rem vendendam mandavit. Ergo et per contrarium dicendum est *utilem ex emto actionem* (*p*) *domino competere*.

Le procureur qu'on suppose ici n'est point une personne qui a reçu mandat spécial de faire cette vente, mais (comme dans beaucoup de textes) un *procurator omnium rerum;* c'est ce qui résulte bien de sa situation opposée à celle du *dominus* (ce qui ne peut s'entendre que du *dominus bonorum*) et aussi des mots suivants : *si modo rem vendendam mandavit*, qui supposent que le pouvoir (général), pouvait comprendre ou non la vente d'une partie du patrimoine. Il est donc placé dans une situation analogue à celle d'un *institor*. Si maintenant la vente isolée de quelque objet du patrimoine a été entreprise par ce *procurator*, en son nom propre et point au nom du propriétaire, l'ensemble du texte est la confirmation complète des propositions soutenues plus haut sur la représention de la seconde espèce. Or, la supposition d'une vente opérée de cette façon (au nom propre du *procurator*), résulte de la circonstance qu'à la vente se trouve jointe une promesse faite à l'acheteur pour le cas possible d'évic-

(*p*) *Ex emto* est mis ici pour *ex vendito* comme en plusieurs autres endroits ; il n'est donc pas nécessaire de corriger le texte. Cf. Schulting notæ ad Dig. t. 3, P. 486.

tion (et caverit emtori) ; or une pareille promesse, fondée sur un contrat solennel (la stipulation), ne pouvait être prise qu'au nom propre du promettant, sans quoi elle n'eût pas été valable.

La série de propositions présentées plus haut se trouve donc confirmée dans plusieurs applications isolées, sans être cependant exprimée sous forme de principe général. Mais il faut précisément s'attendre à ce résultat, quand une règle de droit, comme celle dont nous nous occupons ici, se développe graduellement. Il est aussi tout à fait dans la nature de ce développement graduel d'appeler quelquefois à son aide des institutions de droit voisines, afin de porter remède à des cas d'application isolés.

Nous en trouvons plus d'un exemple appliqué à la question de savoir si une partie pouvait invoquer la *pacti exceptio*, quand ce n'était pas elle-même, mais son représentant, qui avait conclu le pacte à son profit. D'après le principe de la faculté de la libre représentation dans les contrats non solennels (dans lesquels rentrait le pacte), la *pacti exceptio* dut être accordée à la partie. Mais il s'ensuivit incontestablement que la partie dut pouvoir également faire valoir, contre le demandeur, pour le moins la *doli exceptio*, et ainsi, on accorda sans plus de difficulté cette dernière exception qui offre

exactement la même garantie que la *pacti exceptio* (q).

La manière dont le prêt est traité est particulièrement digne de remarque. Dans ce contrat, la forme de manifestation de volonté est indifférente, et, à ce point de vue, il est sur la même ligne que les contrats consensuels; mais l'acquisition de l'action est subordonnée au transport de la propriété de l'argent prêté. Si donc mon représentant donne à un tiers mon argent à titre de prêt, en mon nom, je deviens immédiatement créancier, et la règle que je ne puis acquérir d'actions par une *libera persona*, n'est pas applicable, puisque le tiers devient par moi propriétaire de l'argent. Il en est de même quand le représentant emploie dans ce but son propre argent; car nos volontés s'accordent pour me transporter la propriété de cet argent; c'est donc comme mien qu'il arrive au tiers, et celui-ci, en le recevant, doit devenir mon débiteur comme emprunteur (r).

(q) *L.* 10 § 2, *L.* 11-15, *L.* 21 § 1, 2, *L.* 25 § 2, *L.* 26, *de pactis* (2, 14).

(r) L. 126 § 2 *de V O.* (45, 1). « Respondi, per liberam personam... obligationem nullam adquirere possumus. Plane si liber homo nostro nomine pecuniam daret, *vel suam vel nostram*, ut nobis solveretur, *obligatio nobis pecuniæ creditæ adquireretur...* » Cf. *L.* 9 § 8, *L.* 15 *de reb. cred.* (12. 1), *L.* 2 *C. per quas pers.* (4, 27). — Que le représentant puisse employer dans ce but même son propre argent et me rendre cependant directement créancier, c'est ce qui s'explique par le *constitutum possessorium* Cf. Savigny Besitz (Possession) § 27 ; plus : Système, t. 4. Appendice x, n° IV et V.

Lorsque, à l'inverse, mon représentant reçoit un prêt pour moi, sur mon mandat, le créancier acquiert une action contre moi. Mais cette action est encore fondée sur une analogie avec l'action institoire; mon représentant est traité comme mon *institor*, quant à la réception du prêt (*s*).

§ 58.

I. CONTRAT. B. PERSONNES. REPRÉSENTATION (suite).

Dans le cours de cette recherche, nous avons déjà touché quelques-unes des opinions divergentes des auteurs modernes. Mais il nous faut maintenant indiquer comment ils conçoivent, en général, dans son ensemble, la théorie que je viens d'exposer.

L'essence de cette théorie consiste à apercevoir dans les sources du droit romain l'expression d'un développement graduel du principe qui, déjà parvenu à une grande simplification dans le droit de Justinien, a abouti, dans le droit actuel (par la disparition de l'esclavage et de la stipulation), au principe très-simple d'une représentation absolu-

(*s*) *L.* 31 *pr. de neg. gest.* (3, 5), *L.* 19 *pr. de instit.* (14, 3), *L.* 10 § 5 *mand.* (17, 1).

ment libre, avec des effets se rapportant complétement et exclusivement au représenté.

Il est bien naturel que, depuis le moyen âge, cette signification de nos sources de droit n'ait point été généralement et uniformément reconnue. Les écrivains ont plus ou moins arbitrairement érigé tantôt un texte, tantôt un autre, en base fondamentale de leur doctrine, et ainsi se sont formées les théories les plus diverses (*a*), par suite desquelles ils sont arrivés inévitablement à prendre pour vraie et préférable à toute autre, telle décision qui, en fait, après un examen plus approfondi de nos sources, n'a d'autre portée qu'une valeur historique.

Mais, du sein de cette diversité de doctrines propres à égarer nos idées, se dégageait un sentiment vrai de la nécessité pratique qui s'efforçait, par différents moyens, de se frayer une voie. Cette nécessité conduisit à l'admission d'une représentation complétement libre, résultat que j'ai cherché à faire considérer comme la conséquence exacte de l'étude impartiale des sources. Cette nécessité était même encore plus pressante pour le temps actuel que chez les Romains. Ceux-ci pouvaient au moins se servir de leurs esclaves pour

(*a*) Cf. sur ce point Système, t, 1. introduction, p. 45 (p. 42 trad.).

acquérir tous les droits, et cet expédient fait défaut dans le droit actuel (*b*).

C'est pourquoi la plupart des auteurs s'accordent, à partir du dix-septième siècle, à admettre sans restriction dans le droit actuel la libre représentation, et à lui faire produire un effet direct et complet à l'égard du représenté, qui peut en conséquence actionner et être actionné directement, en raison des contrats passés par le représentant (*c*). La base sur laquelle ils cherchent à étayer ce résultat pratique diffère peu. Dans les premiers temps, beaucoup d'entre eux s'efforçaient de déduire la nouvelle doctrine des principes du droit naturel. La plupart se sont tout simplement appuyés sur la pratique conforme du droit actuel; quelques-uns, en s'efforçant de justifier cette pratique par des considérations particulières au droit germanique.

Si nous comparons ces idées aux nôtres, le résultat pratique sera absolument le même. Ces auteurs, écartant le droit romain, cherchent à faire découler de la pratique actuelle l'état de notre droit, que je considère comme la véritable expression du droit de Justinien, en me bornant à ajou-

(*b*) C'est ce que remarque avec raison Buchka, p. 158.

(*c*) Une très-complète énumération de ces auteurs se trouve dans Buchka, p. 158-166. p. 178, 179, p. 230-233. A l'époque toute moderne appartient Mühlenbruck, p. 147; Vangerow, p. 294; Buchka, p. 203-205.

ter cette remarque nécessaire, que nous ne connaissons plus ni stipulation ni esclaves. Toute cette divergence a donc un caractère exclusivement théorique.

Une nouvelle voie a été ouverte par un auteur moderne, dont les idées ont depuis lors rencontré l'adhésion d'autres auteurs *(d)*. — D'après lui, c'est encore la règle dans le droit de Justinien, que les contrats passés par un représentant ne peuvent produire directement à l'égard du représenté ni droit d'action, ni obligation. Et cette impossibilité n'est pas fondée simplement sur le droit positif; mais elle dérive, par une conséquence nécessaire, de l'essence même de la convention obligatoire. — En revanche, un effet indirect résultera pour le représenté des contrats passés par le représentant, au moyen des *utiles actiones ;* c'est-à-dire que le représenté pourra acquérir un droit d'action par une cession vraie ou feinte, et il pourra être actionné par une *actio quasi-institoria.*

Si nous comparons cette théorie avec celle que j'ai exposée plus haut, nous découvrirons entre elles la différence suivante : Puchta considère

(d) Puchta, Pandekten et Vorlesungen (cours publics) § 273, 275, 279. Buchka, § 6 et § 5, note 16. Les textes principaux, invoqués à l'appui de ce système (*L.* 11 *de O.* et *A.* et *L.* 73. § 4 *de R. J.*) ne parlent nullement de représentation, et sont par conséquent en dehors de la question. Cf. plus bas § 59.

comme une conséquence générale de la doctrine du droit actuel sur la représentation, les règles que j'ai exposées plus haut (§ 57) pour le cas spécial de représentation de la deuxième espèce, c'est-à-dire pour le cas où le représentant a conclu le contrat en son propre nom (non comme mon représentant), et cependant, à la suite d'un mandat que je lui avais donné, notre intention étant que les conséquences du contrat me concernassent. Pour ce cas, la doctrine de Puchta est parfaitement exacte. — En revanche, je crois qu'il faut la rejeter complétement pour le cas que j'ai appelé plus haut (§ 57) représentation de la première espèce, et dans lequel le représentant traite comme tel, c'est-à-dire négocie et conclut le contrat vis à vis de l'autre parti, en mon nom. Ici, il n'y a aucune raison de douter que les conséquences du contrat ne s'appliquent directement à ma personne; aucune raison plausible dès lors, pour rapporter les droits et les obligations naissant du contrat au représentant, ou même pour exiger qu'ils passent par sa personne. L'intention de toutes les parties est dans ce cas de considérer le représentant comme simple porteur d'une manifestation de volonté étrangère, et le représenté et le tiers, comme traitant directement l'affaire, comme seuls vrais contractants. C'est ce seul point de vue

qui doit nous décider ici, puisque l'obstacle, qui naissait en droit romain de la forme des contrats solennels, a disparu pour nous. Puchta, dans l'exposition de ses règles, passe ce cas sous silence.

Il est évident que toute la différence entre l'opinion de Puchta et la mienne dépend de la question de savoir quelle importance et quelle extension il faut attacher à l'idée de *nuncius*. Puchta la mentionne incidemment, et passe sans s'y arrêter spécialement, au lieu de reconnaître qu'elle comprend un côté capital de la représentation, et le cas le plus fréquent et le plus important dans la vie des affaires. Je crois qu'en se plaçant à ce point de vue, on pourra acquérir une intelligence complète des opinions divergentes que nous venons de mettre en regard.

Mais si nous mettons cette idée de côté et si nous considérons l'opinion de Puchta dans ce qu'elle a de plus opposé à la mienne, nous trouvons que la différence pratique des deux opinions est moins importante qu'on ne serait porté à le croire. D'après les deux opinions, le représenté peut actionner ou être actionné en vertu du contrat; que ce soit par une *directa* ou une *utilis actio*, c'est, dans le droit actuel, une chose tout à fait indifférente : la seule différence importante consiste en ce que, d'après Puchta, le représen-

tant peut aussi être actionné par le cocontractrant, ce que je n'admets pas, et ce qui pourrait avoir son intérêt, si, dans l'intervalle, le représenté était devenu insolvable : mais précisément cette conséquence doit être rejetée de la manière la plus décisive; car, dans notre hypothèse, le représentant a été considéré, par tous les intéressés, non point comme partie, mais seulement comme porteur d'une volonté étrangère.

Si, pour terminer, je compare la doctrine très-large de la pratique actuelle qui aurait modifié le droit romain, avec la doctrine de Puchta, je dois les considérer comme tout à fait imcompatibles. Car s'il est vrai, comme Puchta l'affirme, qu'il soit impossible qu'un contrat passé par un représentant atteigne directement le représenté, non-seulement d'après les principes du droit positif, mais d'après l'essence même de la convention obligatoire, cette impossibilité ne peut avoir été écartée par la pratique actuelle. La pratique n'a aucun pouvoir sur l'essence des conventions. Aussi Puchta ne fait-il pas mention de ce changement introduit dans la pratique.

§ 59.

I. CONTRAT. B. PERSONNES. REPRÉSENTATION (suite).

Pour compléter la théorie qui précède sur la représentation, il nous faut encore traiter d'un cas essentiellement différent, bien qu'analogue en la forme : celui ou deux personnes passent un contrat duquel doit résulter *pour un tiers* un droit ou une obligation, sans que ce tiers se trouve dans un rapport de représentation vis-à-vis d'aucun de ceux qui figurent directement au contrat (§ 53).

Voici donc comment ce cas doit se concevoir : Gaius promet à Titius que Séius recevra une somme d'argent, ou, à l'inverse, paiera cette somme. Si Séius avait donné mandat de faire cette opération, ce serait le cas, traité plus haut, de représentation. Mais nous supposons qu'il n'a donné aucun mandat, qu'il ne sait même rien de l'affaire. Ce contrat produira-t-il cependant des effets ? Et quels effets ?

Dans l'un des deux cas, la question ne s'élève que d'une manière restreinte : c'est dans le cas où le tiers doit s'obliger, par exemple payer une certaine somme. Car il est tellement évident

qu'une personne étrangère ne peut l'engager sans son consentement, qu'aucun doute ne peut s'élever sur ce point. Ce principe est mentionné plus d'une fois. De plus, il est accompagné de la remarque expresse que celui qui a promis le fait d'un tiers n'est pas obligé lui-même (*a*). La raison toute naturelle consiste en ce qu'il ne voulait nullement promettre son propre fait et ne l'a pas promis.

Il en est autrement du second cas. Lorsque le tiers doit obtenir un droit, par exemple recevoir une somme, on pourrait bien être porté à tenir la convention pour valable dans l'intérêt du tiers, et à accorder par suite à ce tiers un droit d'action. Les deux contractants sont d'accord, et on peut facilement admettre que le tiers acceptera volontiers l'avantage qu'on veut lui procurer.

Cependant nous trouvons pour ce cas, dans nos sources de droit, la règle décisive que la convention sera absolument sans valeur : sans valeur quant au contractant qui voulait assurer un avantage au

(*a*) § 3 *J. de inut. stip.* (3, 19). *L.* 38 *pr.*, *L.* 83 *pr. de V. O* (45, 1). Toutefois une pareille convention peut devenir efficace par deux voies indirectes : 1) Quand je promets une peine pour le cas où le tiers n'accomplirait pas le fait indiqué. § 21 *J. de inut. stip.* (3, 19). *L.* 38 § 2 *de V. O.* (45, 1) 2) Quand je promets de f a i r e e n s o r t e que le tiers accomplira ce fait. Par là il naît contre moi une action tendant à me faire obtenir l'intérêt qu'avait le contractant à l'accomplissement du fait. § 3 *J. de inut. stip.* (3, 19). *L.* 14 § 2 *de pec. const.* (13, 5). *L.* 81 *pr. L.* 83 *pr. de V. O.* (45, 1). *L.* 19 *ratam rem* (46, 8).

tiers; sans valeur quant au tiers qui devait profiter de cet avantage. Aucun des deux n'acquerra de droit d'action par suite de la convention; ni le contractant parce qu'il ne voulait acquérir aucun droit pour lui-même; ni le tiers parce qu'un pareil résultat est juridiquement impossible (*b*). Il y a d'ailleurs de nombreuses exceptions à cette règle, mais la règle elle-même n'en est pas moins certaine.

Nous voulons tout d'abord rechercher le motif de la règle sur laquelle nous venons de faire observer qu'on aurait pu s'attendre aisément à la règle inverse. Le motif consiste en ce que les obligations, comme autant de restrictions à la liberté naturelle, ne sont protégées par le droit qu'autant que la nécessité des affaires l'exige impérieusement. Or cette nécessité conduit seulement à accorder des droits au contractant et non à un tiers (*c*). Ce motif est donc essentiellement distinct des principes de la représentation si res-

(*b*) *L.* 26 *C. de j. dot.* (5, 12). « nec sibi, cessante voluntate, nec tibi, prohibente jure, quærere potuit actionem » — L. 6. *C. si quis alt.* (4, 50) « ... emti actionem nec illi nec tibi quæsisti; dum tibi non vis nec illi potes. »

(*c*) *L.* 38 § 17 *de V. O.* (45, 1). « Alteri stipulari nemo potest... inventæ sunt enim hujusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum, ut alii detur, nihil interest mea » (Ce passage est reproduit dans le § 19 *J. de inut. stip.* 3, 19). Cette décision se relie aux principes déjà exposés plus haut, que les obligations ne doivent point être favorisées. V. plus haut, t. 1 § 2 *g*. — Les motifs rationnels de notre règle sont exposés avec beaucoup de détails par Donellus, Lib. 12, C. 16, § 9, 10.

treinte de l'ancien droit, comme aussi du développement historique qui renversa par la suite ces restrictions (§ 54).

La règle elle-même est reconnue dans plusieurs textes de nos sources de droit (*d*). Le plus important d'entre eux est le texte suivant de Paul (*e*) :

> Quæcumque gerimus, quum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt : et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat possumus.

L'intelligence des mots : *ex nostro contractu*, est décisive pour l'explication de ce texte; or ils ne peuvent s'entendre qu'ainsi : quand je conclus un contrat en mon propre nom, non comme représentant d'un autre; car si je traite au nom et comme mandataire d'un autre, ce n'est plus alors *noster contractus*, car dans ce cas je suis seulement *minister* ou *nuncius* d'un autre (*f*). Paul dit de

(*d*) § 4 *J. de inut. stip.* (3, 19), Gaius, III § 103, *L.* 38 § 17 *de V. O.* (45, 1), *L.* 9 § 4 *de reb. cred.* (12, 1), *L.* 73 § 4 *de R. J.* (50, 17).

(*e*) *L.* 11 *de O. et A.* (44, 7).

(*f*) Cf. § 57, *b. c.* — Les auteurs qui nient la possibilité d'une représentation directe rapportent au contraire ces mots au cas de représentation (§ 58, *d*), et y voient une preuve que la représentation avait été exclue même dans les contrats non solennels. Ainsi Mühlenbruck § 10, Puchta, Vorlesungen (cours publics), § 273, et Buchka, p. 3. Puchta dit que le texte serait, d'après notre explication, par trop naïf. Mais il n'est pas plus naïf que les nombreux textes que j'ai cités plus haut, dans les notes

ces contrats qu'ils sont absolument dénués d'effets (inanem actum nostrum efficiunt), s'ils ne tendent directement à me rendre moi-même créancier (nisi ex nostra persona obligationis initium sumant). Ce qui ne fait pas obstacle à ce que par la suite je cède directement mon action au tiers. Seulement il l'intentera non *suo nomine*, mais, ainsi que tout cessionnaire, comme mon mandataire. Il s'établit alors le même rapport de droit que j'ai fait connaître plus haut (§ 57) pour les cas de représentation de la deuxième espèce, cas où le représentant passe le contrat non comme tel, mais en son propre nom, bien qu'il agisse dans le but d'accomplir le mandat qu'il a reçu.

La règle que nous venons d'établir s'applique, comme Paul le dit expressément, non-seulement aux contrats solennels, mais encore aux non-solennels. Par suite, le développement historique qui a trait à la représentation (§ 56) n'a pas eu d'influence sur notre règle; elle a donc passé sans subir de changement dans le droit de Justinien et dans le droit actuel. — La règle s'applique en ou-

b et *d*, et dont nous admettons et devons accepter l'existence.—Il faut bien accorder que la règle de l'*obligatio per liberam personam non adquirenda* (§ 54, *d*, § 57, *b*, *c*,) est équivoque, et que sa formule s'applique aussi bien au cas dont nous nous occupons ici qu'au cas de libre représentation. Peut-être les anciens jurisconsultes eux-mêmes ne se sont-ils pas rendu bien clairement compte de la différence entre les deux cas.

tre non-seulement aux droits d'action, mais encore aux exceptions, qu'on ne peut acquérir par convention pour une tierce personne (*g*). — On controversait la question de savoir quel devait être le résultat de la stipulation, lorsque quelqu'un avait stipulé en partie pour soi, en partie pour un tiers (mihi et *Titio*). Quelques-uns accordaient l'action pour le tout au contractant; d'autres, à cause de la nature littérale de la stipulation, ne lui donnaient l'action que pour la moitié de la prestation, et c'est cette dernière opinion à laquelle Justinien a donné la préférence dans les Institutes (*h*). Au contraire, un contrat non solennel, où l'appréciation est libre, doit avoir pour conséquence, en pareil cas, de faire acquérir l'action pour le tout au contractant; l'intervention du tiers est considérée comme non avenue (*i*).

Nous allons maintenant présenter les exceptions à la règle, à propos desquelles il convient de faire immédiatement cette remarque, que la plupart et les plus importantes d'entre elles ne sont que des exceptions apparentes, soit que le tiers ne doive pas être considéré comme créancier définitif, soit que celui qui figure dans l'acte ne doive pas être

(*g*) *L.* 17 § 4, *L*, 21 § 2 *de pactis* (2, 14), *L.* 73 § 4 *de R. J.* (50, 17).

(*h*) Gaius, III, § 103, *L.* 110 *pr. de V. O.* (45, 1), § 4 *J. de inut. stip.* (3, 19).

(*i*) *L.* 64 *de contr. emt.* (18, 1).

considéré comme le véritable contractant, mais plutôt comme un représentant (plus ou moins occulte); de sorte que, dans les deux cas, la véritable condition de la règle ne se rencontre pas.

I. Cas où le contractant acquiert un droit d'action, non le tiers :

A. Quand, d'après la teneur de la convention, le rôle du tiers n'est point celui d'ayant droit, de créancier, mais celui d'une personne à laquelle la prestation promise peut être faite avec le même effet qu'au créancier lui-même (*k*). Ce n'est point là une véritable exception à la règle que nous avons établie, mais une clause spéciale sur la manière d'effectuer la prestation. Il faut que l'intention résulte avec certitude de la teneur de la convention (*l*); il ne suffirait pas quelle fût alléguée pour rendre valable une convention qui tomberait en fait sous les conditions d'application de notre règle, et serait par conséquent frappée de nullité.

B. Quand la prestation qui doit être fournie au tiers tend à procurer un avantage non à ce tiers,

(*k*) § 4 *J. de inut. stip.* (3, 19), *L.* 56 § 2, 3, *L.* 141 § 4, 7, 8, 9, *de V. O.* 45, 1). — Nos auteurs appellent ici le tiers un *adjectus solutionis causa*. L'examen détaillé de ce cas rentre dans la théorie de l'extinction des obligations par leur exécution.

(*l*) A Rome, la formule la plus usitée pour une pareille stipulation était : mihi *aut Titio*.

mais au contractant. A cette classe appartiennent les cas spéciaux qui suivent (*m*) :

Quand le tiers était le fils ou l'esclave du contractant, puisque cette classe de personnes ne devait et ne pouvait rien acquérir pour elle, mais acquérait tout au père de famille (qui ici avait conclu la convention).

Quand le tiers est l'intendant ou le caissier du contractant, par suite un simple instrument, au moyen duquel celui-là reçoit la prestation.

Quand le tiers est créancier du contractant, et doit être désintéressé par la prestation, prestation qui tournera, en fin de compte, au seul avantage du contractant.

Les cas compris dans cette seconde classe ne diffèrent pas essentiellement du cas compris dans la première (celui de l'*adjectus*); ils ne s'en distinguent que par la circonstance, tout extrinsèque, que l'emploi de l'*adjectus* a ordinairement lieu dans l'intérêt du débiteur pour lui faciliter la prestation.

C. Enfin le but dont nous nous occupons peut être atteint indirectement, si la prestation à faire au tiers n'est pas présentée comme un droit pour ce

(*m*) § 4, 20 *J. de inut. stip.* (3, 19), *L.* 38 § 20-23, *L.* 39, 40 *de V. O.* (44, 1). *L.* 27 § 1 *de pactis* (2, 14).

tiers, mais comme une condition dont l'inaccomplissement doit permettre au créancier d'exiger une peine du débiteur (*n*).

II. Cas où le tiers acquiert un droit d'action, non le contractant :

A. Quand le fils stipule pour son père, ou l'esclave pour son maître, ils acquièrent teujours une action pour le père de famille (*o*). — Ce n'est évidemment là qu'une exception apparente, puisqu'en pareil cas la personne dépendante est toujours un simple représentant du père de famille, sans distinguer si elle a exprimé cette intention, même si elle l'a eue ou non (§ 54).

B. Un cas plus important est celui où le contrat est conclu à l'origine dans l'intérêt d'un tiers, et sans représentation, mais donne lieu par la suite au rapport de représentation. C'est ce qui se présente lorsque le tiers ratifie après coup le contrat conclu sans son mandat; par là il fait du contractant originaire son représentant, et le cas se trouve ramené et rangé dans la série des exceptions purement apparentes à notre règle. — Presque toujours les contrats de l'espèce que nous supposons ici sont, au début, envisagés de la manière sui-

(*n*) § 19 *J. de inut. stip.* (3, 19), *L.* 38 § 17 *de V. O.* (45, 1).

(*o*) *L.* 38 § 17 *de V. O.* (45, 1). « Alteri stipulari nemo potest, *præterquam si servus domino, filius patri stipuletur...* » § 4 *J. de inut. stip.* (3, 19) Gaius, III § 103.

vante : le contractant immédiat se considère comme *negotiorum gestor* du tiers; et ainsi la règle entière, dès que la ratification est intervenue, perd toute sa valeur. Elle ne conserve de signification pratique que lorsque, avant sa ratification, le contrat est rompu par ceux qui l'avaient conclu, et qui en ont indubitablement le droit jusqu'à ce moment (*p*).

C. Quand quelqu'un stipule pour son héritier présomptif, l'héritier acquiert un droit d'action (*q*).

D. Dans certains cas celui qui constitue une dot peut réserver à une tierce personne déterminée le droit d'action en restitution de cette dot (*r*).

La règle exposée dans le présent paragraphe, avec ses exceptions, a passé sans altération dans le droit de Justinien, et il ne se présente même aucune raison sérieuse pour admettre une pratique du droit actuel, d'après laquelle la règle devrait être

(*p*) Buchka., p. 165, p. 168, p. 210 et s., où il cite encore d'autres auteurs sur la question.

(*q*) *L. un. C. ut actiones* (4, 11). Ce contrat est identique à la *stipulatio post mortem*. *L.* 11, *C. de contr. stip.* (8, 38), § 13 *J. de inut. stip.* (3, 19). — Antérieurement à ces prescriptions de Justinien, on ne pouvait acquérir à son héritier qu'une exception, non un droit d'action. *L.* 33 *de pactis* (2, 14), *L.* 10 *de pactis dot.* (23, 4).

(*r*) La discussion détaillée de cette question n'est possible que lorsque nous traiterons du droit dotal dans son ensemble. Les textes principaux sont : *L.* 45 *sol. matr.* (24, 3), *L.* 7 *C. de pactis conventis* (5, 14).

abolie ; de sorte que le tiers dans l'intérêt duquel le contrat aurait été passé acquerrait maintenant un droit d'action, sans s'être engagé par mandat ou ratification, dans un rapport de représentation.

Les auteurs modernes, quand ils s'occupent de cette théorie, négligent plus ou moins la distinction qui sépare le dernier cas que nous venons de traiter, des cas de représentation (§ 53). Ce résultat est dû à ce que quelques-uns d'entre eux ne mentionnent même pas ce dernier cas; d'autres le confondent, sans s'en apercevoir, avec les cas de représentation. La conséquence de cette idée erronée, c'est qu'ils appliquent sans motif la prétendue pratique actuelle à ce dernier cas, et admettent par suite que tout tiers acquiert, d'après le droit actuel, un droit d'action en vertu d'un contrat passé par un autre, même sans son mandat (*s*).

Au point de vue d'une théorie juste, cette doctrine doit être absolument rejetée. Mais dans ses conséquences pratiques, elle est moins dange-

(*s*) C'est l'idée de Mühlenbruck, § 14 note 297, p. 147.— Une distinction exacte des deux cas a été cependant essayée par Buchka, p. 202 et s. Mais il y arrive trop tard, a un endroit où ses idées ne peuvent plus avoir d'influence sur la formation de la théorie. Car dans celle-ci il se rallie complétement à ses prédécesseurs immédiats qui ne veulent rien savoir de cette distinction.

reuse qu'on ne serait porté à le penser au premier abord. Car, d'une part, le dernier cas que nous avons traité n'est pas très-fréquent en lui-même ; d'autre part, les raisons que nous avons signalées lui laissent peu de valeur. Dans les applications les plus nombreuses et les plus importantes, il rentre, par une ratification postérieure, dans l'un des cas de représentation, et alors il est soumis aux règles établies pour ce cas.

§ 60.

I. CONTRAT. B. PERSONNES. REPRÉSENTATION (suite).

Pour compléter et terminer cette théorie, il nous reste maintenant à indiquer quelle forme elle a revêtue dans les législations les plus importantes des temps modernes. D'après l'opinion si généralement répandue sur la pratique des temps modernes, pratique qui consacrerait un prétendu changement au droit romain, et que nous avons présentée plus haut (§ 58), on devait s'attendre à ce que ces législations se rattacheraient à cette doctrine, prétendue pratique, et qui n'est, selon moi, que l'expression propre du dernier état du droit romain. Cette attente se trouve confirmée de tout point, si bien que les décisions particu-

lières que nous rencontrons dans plusieurs lois modernes se ramènent toutes à la détermination de quelques règles très-voisines.

I. Droit prussien.

A. Un contrat passé par un représentant oblige pleinement le représenté, en supposant que le représentant se soit renfermé dans les limites du mandat; en dehors de ces limites, le représenté n'est pas obligé (*a*).

En outre, le Landrecht (Droit national) contient des dispositions très-explicites sur la manière dont le tiers contractant doit s'assurer des limites du mandat (*b*), et aussi sur les cas de pouvoir présumé et de pouvoir tacite (*c*).

B. En règle générale, le représentant ne s'oblige pas personnellement par le contrat (*d*), à moins qu'il ne passe le contrat en son propre nom (et non par conséquent en qualité de représentant) (*e*).

Une dérogation à cette prescription générale est admise en droit commercial quant aux contrats passés par le représentant d'une maison de commerce, pour les affaires de cette maison. Ici s'ap-

(*a*) A. L. R. (Droit national général), part. I, tit. 13, § 85, 90.

(*b*) A. L. R., part. I, tit. 13, § 91 et s.

(*c*) A. L. R., part. I, tit. 13, § 119 et s.

(*d*) A. L. R., part. I, tit. 13, § 153.

(*e*) A. L. R., part I. tit. 13, § 154. — C'est là le cas que j'ai désigné plus haut (§ 57) sous le nom de représentation de la seconde espèce.

pliquent en entier les règles de l'action institoire, si bien que le contractant a le choix d'actionner on le représentant, ou le propriétaire du fonds de commerce; avec cet adoucissement que le représentant n'est tenu que sur les biens commerciaux qui se trouvent entre ses mains, et aussi longtemps que dure sa procuration, à moins qu'il ne se soit personnellement et spécialement engagé dans l'affaire (*f*).

C. Les contrats conclus pour un tiers sans représentation, que la plupart des écrivains sur le droit commun n'ont pas examinés ni distingués convenablement (§ 59), sont complétement séparés, dans le Landrecht, des contrats conclus par représentation ; ils sont rejetés à un tout autre endroit (*g*).

Si, dans un contrat, des avantages sont stipulés pour un tiers, qui n'a donné aucun mandat à cet effet, ce tiers n'acquiert d'abord aucun droit, et les contractants peuvent, à leur volonté, se départir du contrat. Mais aussitôt que le tiers, d'accord avec les contractants, a approuvé le contrat, le

(*f*) A. L. R., part. II, tit. 8, § 541-545.

(*g*) La représentation est placée dans les *mandats avec pleins pouvoirs*, part. I, tit. 13 ; le contrats pour une tierce personne, dans la théorie générale des contrats, part. I, tit. 5. Sur cette dernière théorie, comparez Bornemann. Preuszisches Civilrecht (Droit civil prussien), t. 2, § 137.

droit lui est acquis, puisque sa ratification a donné naissance à un rapport de représentation (*h*).

Un contrat, par lequel une personne promet le fait d'un tiers, doit être interprété en ce sens que le promettant donnera ses soins à l'accomplissement du fait. S'il néglige ce soin, où s'il empêche le fait par sa faute, il est passible de dommages-intérêts (*i*). Mais il n'est obligé à répondre des suites du fait accompli que s'il a spécialement pris cet engagement (*k*) [1].

II. Droit autrichien.

Ici est brièvement et simplement reconnu le principe que le contrat passé par le représentant dans les limites de son mandat donne naissance à des droits et à des obligations pour le représenté, mais non pour le représentant (*l*).

III. Droit français.

C'est d'une manière courte et simple, comme dans le Code autrichien, que les principes fonda-

(*h*) A. L. R., part. I, tit. 5, § 74-77. — C'est une exception particulière qu'une promesse de donation puisse être valablement acceptée par un tiers quel qu'il soit, quand la personne à gratifier est incapable de l'accepter par suite d'enfance, de maladie ou de manque d'intelligence. A. L. R., part. I, tit. 11, § 1060.

(*i*) A. L. R., part. I, tit. 5, § 40-44. — Cf. plus haut § 59 a.

(*k*) A. L. R., part. I, tit. 5, § 45.

(*l*) Oesterreichisches Gesetzbuch (Code autrichien) § 1017.

[1] Comp. Code civil, art. 1119 à 1121.

mentaux se trouvent reconnus dans le Code français (*m*).

§ 61.

I. CONTRATS. B. PERSONNES. PERSONNES INDÉTERMINÉES.

Nous avons fait remarquer plus haut (§ 53) que, dans les contrats, se présentent deux cas différents, où la position occupée par les personnes entre lesquelles le contrat prend naissance n'est pas la plus simple et la plus naturelle; et à l'occasion desquels il est, par suite, nécessaire d'étudier plus profondément les rapports personnels des contractants.

L'un de ces cas particuliers concerne la représentation et les points qui s'y rattachent; c'est celui dont nous nous sommes occupé jusqu'ici (§ 53-60).

L'autre cas concerne cette forme particulière d'obligation, dans laquelle le rapport obligatoire ne se rattache pas (comme à l'ordinaire) à deux personnes individuellement connues, mais dé-

(*m*) *Code civil art.* [1] 1997, 1998.

[1] En français dans l'original.

pend au contraire, quant à l'une d'elles, d'une qualité abstraite, qui, existant tout d'abord chez telle personne, peut, dans le cours des temps, passer à telle autre personne toute différente (*a*).

J'ai déjà mentionné en un autre endroit cette nature particulière de certaines obligations (*b*). A cette classe appartiennent, en droit romain, les obligations qui, à raison d'un usufruit ou d'un autre droit réel, s'établissent et se transmettent entre le possesseur et le propriétaire de la chose, comme simples conséquences de la propriété et des *jura in re*; de même les obligations qui dérivent du colonat par le simple fait de la naissance. A cette même classe appartiennent, dans le droit allemand, les servitudes réelles, les droits de juridiction, le servage.

Toute cette classe d'obligations, qui n'est pas sans importance, ne doit fixer notre attention en cet endroit qu'à raison d'une application unique, fort restreinte. Nous devons, en effet, répondre à cette question : Est-il permis, et quels seront les effets d'un pareil acte, de s'engager ainsi par

(*a*) A Rome, le droit sur les successions ne permettait pas qu'une *incerta persona* figurât dans un acte de dernière volonté. Cette prohibition a été abolie par Justinien, § 25-27 *J. de legatis* (2, 20). C'est tout à fait la même idée d'*incerta persona* qui se trouve appliquée ici aux obligations.

(*b*) Système, t, 2, § 103, t. 1, § 55 *b*. — Droit des obligations, t. 1, § 15.

contrat, c'est-à-dire par une convention privée, dans les liens d'une obligation vis-à-vis d'une personne indéterminée? Pour que la question se présente, il faut supposer qu'une personne déterminée veut, comme débitrice, conclure un contrat avec une personne indéterminée comme créancière, et faire sortir de ce contrat les conséquences ordinaires d'une obligation.

La possibilité d'un pareil contrat est affirmée d'une manière générale par plusieurs auteurs, ou au moins tacitement supposée. Il faut cependant, selon moi, au point de vue du droit commun, nier (*c*) cette possibilité, et cela en vertu du même principe qui a conduit le droit romain à nier l'efficacité du contrat conclu dans l'intérêt d'un tiers qui n'avait donné aucun mandat à cet effet; c'est-à-dire parce que les obligations, comme restrictions à la liberté naturelle, n'ont point été introduites dans ce but, et que nous outrepasserions arbitrairement, par une semblable application, leur destination primitive (§ 59, *c*).

Je vais de suite citer quelques applications

(*c*) Stahl, Philosophie des Rechts, t. 2, p. 316. « La détermination de la personne du *creditor* est également un élément essentiel de la créance.... Ici se place toutefois une exception pour nos obligations *au porteur* [1]. Mais c'est une institution qui présente un caractère public. »

[1] En français dans l'original.

assez fréquentes, mais peu importantes, où la question se présente habituellement.

Lorsque quelqu'un offre une somme, dans les feuilles publiques ou par affiches publiques, pour les nouvelles qui lui seraient données, ou la restitution qui lui serait faite d'une chose perdue ou volée, ou pour la découverte du voleur, un tel avis signifie que son auteur s'oblige à payer le prix à la personne inconnue qui pourra le servir dans son dessein. Dans ce cas, je ne puis admettre en droit commun que celui qui a trouvé la chose ou indiqué le lieu où on la trouverait, ait une action pour réclamer la somme (*d*). Mais je ne veux pas dire que l'offre de la somme ne produise aucune conséquence; dans la plupart des cas, le prix fixé sera payé volontairement. C'est ainsi que la plupart des dettes de jeu sont ordinairement payées avec plus de régularité que beaucoup d'autres dettes, même dans les législations (comme le droit commun) où elles sont considérées comme nulles. Seulement, si celui qui a trouvé ou dénoncé la chose par suite de l'avis a fait quelques frais, il peut, quand le remboursement lui en est refusé, le poursuivre par une *doli actio* (*e*).

(*d*) Unterholzner, t. I, § 26, n. I, admet une obligation.

(*e*) Dans cet ordre d'idées ne rentre pas la *L.* 15 *de præscr. verb.* (19, 5), puisque ce texte parle d'un contrat avec une personne déterminée, non d'une somme offerte au public.

Les prix qui sont proposés pour une découverte utile, les prix littéraires, etc., ont un caractère analogue. Ici encore je ne puis admettre un droit d'action d'après le droit commun; mais, en fait, un refus de paiement se présentera encore plus rarement que dans le cas précédent. Le Landrecht (Droit national) prussien a reconnu dans ce cas l'existence d'une obligation de payer le prix, et tracé des règles précises à ce sujet (*f*).

Parmi les contrats avec des personnes indéterminées, on a bien souvent, mais à tort compté le cas si fréquent et si important de vente aux enchères. On controverse d'ailleurs, dans ce cas, le point de savoir à quel moment et par quel acte le contrat peut être considéré comme conclu (*g*). Mais, de quelque manière qu'on fixe le moment de cette conclusion, l'acheteur est, dans tous les cas, à l'instant où elle s'opère, une personne connue et déterminée. Donc, l'indétermination qui peut exister

(*f*) A. L. R. (Dr. nat. gen.), partie I, tit. 11, § 988-995. D'ailleurs le § 988 dit seulement : « Pour les travaux d'esprit utiles, ou pour les aptitudes physiques, ou les entreprises d'utilité générale, il est permis à chacun de proposer des récompenses publiques. » Et même sans cette loi, il est évident qu'un tel acte eût été permis, c'est-à-dire non défendu. Mais cette expression inexacte signifie tout autre chose, à savoir, qu'on peut actionner le proposant pour le contraindre à payer la récompense; les paragraphes suivants ne laissent aucun doute sur ce point.

(*g*) Cf. Unterholzner, t. 1, § 26, n. V. Puchta Pandekten et Vorlesungen (cours publics), § 252.

quant à la personne de l'acheteur s'applique au temps où le contrat se prépare, non au temps même où il se conclut.

Tous ces cas n'ont aucune importance pour la masse des affaires. Ils ont été mentionnés pour servir d'introduction au seul cas important de cette espèce, qui demande une exposition détaillée. Ce cas est celui des titres au porteur, dont nous devons maintenant nous occuper.

§ 62.

I. CONTRAT. B. PERSONNES. TITRES AU PORTEUR.

AUTEURS.

Goenner, von Staats-Schulden (Des dettes de l'État), parties 1 , Munich, 1826.

Bender, Verkehr mit Staatspapieren (Négociation des titres sur l'État). 2e édit. Gœttingue, 1830.

Souchay , Ueber die auf jeden Inhaber lautenden Verschreibungen (Sur les obligations dites au porteur) (Archiv. f. civil Praxis, t. 10, n. 5, 1827).

Souchay (*a*), Ueber Obligationen und Coupons *au porteur* [1] (Sur les obligations et coupons *au porteur*). Zeitschrift von Linde (Revue de Linde), t. 5, n. 4, 1832.

Schumm, Amortisation von Schuldurkunden (Anéantissement des titres d'obligations) (Archiv., t. 13. Cahier supplémentaire, 1830).

L. Duncker, Ueber Papiere auf den Inhaber (Sur les titres au porteur). Reyscher und Wilda Zeitschrift für Deutsches Recht (Revue de droit allemand de Reyscher et Wilda) t. 5, n. 2. p. 30-52. Leipzig, 1841.

(*a*) Je cite ces deux écrits en les désignant ainsi: Souchay I et II.

[1] En français dans l'original.

Mittermaier Deutsches Privatrecht (Droit privé allemand), 7e édit., § 273, 274, 304, 329.

Thoell, Handelsrecht (Droit commercial), t. 1. Gœttingue, 1841, § 51-56.

Nous appelons titres *auf den Inhaber* (*au porteur* [1]) des titres en vertu desquels un droit de poursuite peut être exercé, non par telle personne déterminée, mais par quiconque se trouve dans une certaine situation par rapport au titre (*b*). Il est évident que ce cas rentre dans les conventions obligatoires envers un créancier indéterminé (§ 61), et, d'après les considérations déjà présentées sur ces conventions, nous devons être porté, au point de vue de notre droit commun, à en nier la légitimité.

Mais la question de la validité de ces titres n'a point été considérée au point de vue théorique; ce sont, au contraire, d'importantes nécessités pratiques qui ont conduit à l'admettre. Pour bien faire comprendre la nature de ces nécessités, il est nécessaire de comparer d'une manière générale les deux parties principales de tout patri-

(*b*) C'est à dessein que je me sers provisoirement de l'expression vague : «dans une certaine situation par rapport à.... » Je laisse de côté la question de savoir si c'est un rapport de propriété ou de possession, et de possession dans telle ou telle acception du mot. Ce point sera bientôt l'objet d'un examen détaillé.

[1] En français dans l'original.

moine, c'est-à-dire la propriété et les obligations (c).

Pour la propriété, la règle est qu'elle peut être aliénée librement, arbitrairement ; et l'aliénation ainsi consentie amène un véritable transport, une continuation de la propriété antérieure chez une nouvelle personne. C'est donc là un événement bien distinct d'un anéantissement du droit de propriété, immédiatement suivi de la création d'un droit de propriété tout nouveau qui s'acquerrait par une sorte de prescription instantanée. L'aliénation n'a point cet effet mais seulement celui d'écarter complétement la personne du précédent propriétaire et tous les rapports de droit qui se rattachaient à lui.

Il en est tout autrement des obligations. Quant à elle, une véritable aliénation, dans le sens que nous venons d'attacher à cette expression, ne peut se présenter, et les parties qui veulent arriver à un résultat analogue doivent employer dans ce but deux moyens très-différents. Elles peuvent premièrement anéantir l'obligation préexistante et en créer à la place une nouvelle de même nature, dans l'intérêt du nouveau créancier (novation) ; il n'y a là ni aliénation ni transport, mais échange

(c) Je me trouve ici forcé, par raison de clarté, d'anticiper sur des principes et une théorie, dont la place véritable serait dans le tome suivant.

d'une obligation contre une autre qui a la même valeur. Deuxièmement, le créancier, au lieu d'aliéner son droit au profit d'un nouveau créancier, peut aussi lui transférer simplement la poursuite de ce droit, c'est-à-dire l'exercice de son action personnelle, avec la condition que ce dernier conservera pour lui l'objet acquis par suite de l'action (cession). Cette deuxième espèce d'opération juridique, qui peut être accomplie successivement par plusieurs personnes (cessionnaires), se distingue essentiellement de l'aliénation de la propriété, en ce qu'elle n'écarte complétement la personne du créancier originaire et les rapports de droit qui se rattachent à ce créancier. D'où la conséquence importante qu'à tout cessionnaire, même à celui auquel le titre n'est parvenu qu'après avoir passé par beaucoup d'autres mains, peuvent être opposées des exceptions tirées de la personne du créancier originaire, par exemple la compensation ou l'*exceptio non numeratæ pecuniæ;* et même celle qui résulte des cessions intermédiaires, par exemple l'exception de la *lex Anastasiana* (*d*).

(*d*) Cf. Mühlenbruck, Cession, § 60. — Dans les codes modernes on dit bien que la cession transporte la propriété de l'obligation, par conséquent la substance même du droit ; et ainsi la distinction signalée dans le texte entre la propriété et les obligations paraît mise de côté (A. L. R., partie I, tit. 11, § 376, 393). Mais c'est là une simple apparence : car on ajoute ex-

Cette importante différence entre la propriété et les obligations pouvait déjà s'induire des recueils de droit de Justinien; cependant elle ne s'y trouve exprimée en principe dans aucun texte isolé; aussi n'avait-elle pas été généralement reconnue par les auteurs modernes. Aujourd'hui nous la trouvons exprimée avec une grande précision dans le passage suivant de Gaius. Après avoir parlé des différentes formes d'aliénation de la propriété, il relève dans les termes suivants la différence entre les obligations et la propriété (*e*).

> Obligationes quoquo modo contractæ nihil eorum recipiunt. Nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possumus, sed opus est, ut jubente me tu ab eo stipuleris.; quæ res efficit ut a me liberetur et incipiat tibi teneri; quæ dicitur novatio obligationis. — Sine hac vero

pressément que le cessionnaire peut se voir opposer les exceptions tirées de la personne du cédant, notamment la compensation (A. L. R., partie I, tit. 11, § 407, 408, 735, 736; part. I, tit., 16, § 313). Ces décisions sont donc tout à fait celles du droit romain; elles sont seulement moins logiques. — Les dispositions du Code autrichien, § 1394-1396, sont analogues.

(*e*) Gaius, Lib. 2, § 38, 39. — Une mention, d'ailleurs fort restreinte, de cette particularité des obligations se trouve dans le texte suivant d'Ulpien. *L.* 25 § 2 *de usufr.* (7, 1): « quamvis non soleat stipulatio semel cui quæsita ad alium transire, nisi ad heredum vel adrogatorem. » (Il n'en est donc pas de même de la succession à titre particulier; c'est le principe relevé par Gaius.)

novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea, quasi cognitor aut procurator meus experiri.

Ces procédés, appliqués au transfert des obligations, peuvent fort bien suffire aux affaires ordinaires de chaque jour. Mais il n'en est pas de même des opérations plus compliquées et des affaires en grand, suite nécessaire de l'activité croissante des transactions, surtout lorsqu'elles s'effectuent à de longues distances; ainsi par exemple celles qu'amène dans les temps modernes le développement toujours plus considérable du commerce entre nations. Ici se présentait la nécessité d'établir de nouvelles formes, afin que, par elles, les avantages ci-dessus mentionnés comme se rattachant à l'aliénation de la propriété, pussent être également appliqués aux obligations.

Pour se rendre parfaitement compte de la nature de cette proposition, il est nécessaire de considérer attentivement les difficultés qui naissent de la nature ci-dessus décrite de la cession (comparée avec le transport de la propriété). Ces difficultés se présentent à notre examen au nombre de deux, différentes en soi et indépendantes l'une de l'autre.

La première difficulté, déjà indiquée plus haut, consiste en ce que, dans le cas de cession, le droit continue toujours de se rapporter au créan-

cier originaire, d'où il suit que le débiteur peut opposer les exceptions tirées de la personne de celui-ci, et même celles qui dérivent des cessions intermédiaires.

Tout autre est la deuxième difficulté; elle consiste en ce que le dernier cessionnaire, pour faire valoir son droit, est tenu de prouver toutes les cessions intermédiaires, peut-être fort nombreuses. — A première vue, on pourrait croire que cette deuxième difficulté n'est point particulière aux obligations, puisque le propriétaire aussi est tenu de prouver tous les transports intermédiaires depuis un premier propriétaire quelconque, à l'origine, jusqu'à lui. Mais à un point de vue pratique, le propriétaire jouit des facilités suivantes, qui font complétement défaut dans le cas de cession. Le possesseur peut toujours arriver à une nouvelle propriété par la prescription qui, surtout dans l'ancien droit, était favorisée à un si haut point par la brièveté du délai. Et même, dès avant la prescription accomplie, le possesseur est protégé par l'action Publicienne qui, dans presque tous les cas, lui donne absolument la même sécurité que l'usucapion. Enfin, il faut encore tenir compte de la différence suivante, dont l'importance pratique s'aperçoit aisément, entre la propriété et les obligations. La propriété se trouve exercée et

utilisée par un rapport direct entre la personne et la chose, et c'est seulement dans des cas fort rares, quand le droit est troublé ou contesté, qu'il peut devenir nécessaire de prouver les transports (qui peuvent d'ailleurs être nombreux). L'obligation, au contraire, ne peut être exercée ni utilisée sans le concours du débiteur, et, lors même que celui-ci a la volonté et les moyens de l'accomplir, il faut encore que le dernier cessionnaire prouve les cessions intermédiaires.

Telles sont les difficultés pratiques des opérations sur les obligations, et pour les écarter ou les diminuer, la nécessité dut se faire sentir de recourir à des formes nouvelles. Un indice de cette tendance à adopter de nouvelles formes, offrant plus de commodités, se trouve dans la circonstance que presque toutes les obligations de quelque importance se concluent, non par simple convention verbale, mais habituellement par actes écrits (titres [1], etc.). Ces titres constituent un corps, une chose matérielle, c'est-à-dire un objet susceptible de

[1] Nous sommes obligés de traduire ainsi le mot allemand *Schuldschein*, qui, beaucoup plus expressif, signifie littéralement preuve ou signe de la dette.

Le mot *reconnaissance* serait le plus exact ; mais sa signification n'est pas assez étendue pour que nous l'employions quand il s'agit comme ici d'idées générales. Nous en ferons cependant quelquefois usage, ainsi que du mot *billet*, dans les cas où ces expressions correspondront mieux à la pensée de l'auteur.

propriété et de possession. Or ce résultat peut fournir un moyen d'utiliser le rapport entre le créancier et la chose (le titre écrit) pour faciliter le transport de la créance, c'est-à-dire du droit contre le débiteur. — Je vais maintenant indiquer par ordre la série des cas distincts dans lesquels ce nouveau moyen a été employé avec plus ou moins de succès, pour atteindre le but proposé. On peut réunir tous ces cas sous le point de vue commun d'une incorporalisation de l'obligation. Sur chacun d'eux nous aurons à nous adresser successivement ces deux questions :

Une telle forme de contracter est-elle ou non valable?

Quelle est la signification et l'effet de sa validité ou de sa nullité?

§ 63.

I. CONTRAT. B. PERSONNES. TITRES AU PORTEUR (suite).

Il semble que le premier et le plus simple des procédés, par lesquels le but indiqué (§ 62) puisse être atteint, consiste à permettre à tout tiers possesseur d'un titre de poursuivre le droit qui y est exprimé, de sorte la simple possession du titre

doive être considérée comme légitimant l'action, tout comme s'il y avait eu une cession feinte ou présumée. — Cet expédient a contre soi, non-seulement le danger des abus qui dérivent d'une possession irrégulière (danger qui se retrouve en grande partie dans les autres expédients), mais surtout la circonstance que, de la simple existence d'un titre ordinaire, on ne peut, en aucune façon, conclure à l'intention des parties, que ce titre produise de pareils effets directement opposés peut-être à leur volonté. Aussi ce procédé n'a-t-il obtenu l'adhésion ni des auteurs ni de la pratique (*a*).

Il en est autrement quand la teneur du titre montre que les parties elles-mêmes ont voulu lui donner une semblable destination; leur intention peut se manifester sous deux formes différentes.

La forme la plus simple consiste en un titre indiquant un débiteur déterminé, mais point de créancier; par là le débiteur s'oblige à payer au porteur quel qu'il soit. Il est clair qu'il ne peut être question ici ni d'une cession, ni de la preuve de celle-ci, le débiteur manifestant, au contraire, l'intention de reconnaître pour créancier le porteur quel qu'il soit. La seule question

(*a*) Glück, T. 16, p. 439.

est de savoir si une telle opération juridique est valable. Plusieurs auteurs la déclarent valable (*b*) ; d'autres, au contraire, et des plus autorisés, la tiennent pour nulle (*c*), et moi-même, d'après la règle établie ci-dessus (§ 61), je dois pareillement me prononcer pour la nullité. Ni la pratique de la jurisprudence, ni l'intérêt des affaires, si considérable qu'il soit, ne peuvent certainement faire déclarer valable, à un point de vue abstrait, cette opération (*d*).

Une deuxième forme consiste en un titre indiquant comme créancier une personne déterminée, mais avec l'addition : ou au porteur, ou bien : ou au porteur régulier, ou toutes expressions autrement conçues, mais analogues. Dans tous ces cas donc, un droit alternatif étant reconnu, qui s'applique d'un côté à une personne déterminée, d'un autre côté à une personne indéterminée, l'on a à se demander qui il faut entendre par cette personne indéterminée. Il se présente d'abord une doctrine qui veut qu'on se distingue entre ces diverses expressions, de sorte qu'autre serait le porteur, autre le porteur régulier. Une raison qui doit

(*b*) Glück, T. 16, p. 441, 442.

(*c*) Mühlenbruck, Cession, § 42, p. 458. Puffendorf aussi, Obs. IV, 218, se prononce au fond pour cette opinion, en ce qu'il exige que le titre soit prouvé.

(*d*) Il sera également question plus loin d'une application toute concrète de cette forme, la lettre de change au porteur.

faire rejeter cette doctrine, c'est que l'expression ne varie pas seulement entre ces deux formes, mais reçoit, au contraire, les modifications les plus diverses. Si l'on abandonne cette distinction, on a le choix entre deux doctrines, l'une plus libérale, l'autre plus rigoureuse, dont chacune trouve ses partisans. D'après la doctrine la plus libérale, tout porteur du titre peut exercer le droit qui y est attaché, puisque la simple possession comporte en soi la présomption d'une cession. L'addition régulière n'indique rien autre chose qu'une possession honnête, qui est toujours présumée, en n'entraîne par conséquent avec elle aucune restriction pratique (*e*). — D'après la doctrine la plus rigoureuse, toutes ces expressions doivent seulement indiquer la possibilité juridique d'une cession, mais toujours en supposant que le fait de la cession soit prouvé (*f*). L'exactitude de cette opinion rigoureuse s'appuie sur plusieurs actes des quatorzième et quinzième siècles, où le droit du tiers, porteur du titre, se trouve précisément lié à la condition du consentement du créancier originaire, c'est-à-dire à la preuve de la cession (*g*).

(*e*) Bender, p. 167, 168, où il cite encore d'autres auteurs. — Dunker, § 2, 3.

(*f*) Glück, t. 16, 440, 441. — Thoel Handelsrecht (Droit commercial), § 54, note 2.

(*g*) Dunker, qui soutient l'opinion la plus libérale (note *e*), cite même les textes suivants : N. III (de l'an 1334) « Et celui dont

Nous ne pouvons donc assigner aux actes juridiques dont nous parlons les formes commodes que nous avons indiquées plus haut (§ 62). Même si nous consentions à nous rallier à la doctrine professée par nos adversaires, cette concession n'aurait encore qu'un intérêt historique, mais elle serait sans importance pour le droit moderne, puisque ces actes, à supposer qu'ils se rencontrent, ne tiennent certainement pas d'habitude une place appréciable dans les transactions actuelles.

Au contraire, la nécessité du commerce a provoqué dans les temps modernes des formes de contrats qui s'appliquent en partie aux opérations juridiques déjà citées, et qui conviennent également bien et suffisamment au but proposé plus haut (§ 62). A cette classe appartiennent la lettre de change et les assurances maritimes.

I. La lettre de change.

Avec le temps, la letre de change a été utilisée

la lettre porte : A la volonté des religieuses[1] » — N° VII (année 1434) « Celui aussi dont la lettre contient et porte : A sa volonté et à son bon gré. » — N. VIII (année 1434) « ou celui dont la lettre porte : De son consentement et avec sa volonté. » — Dans tous ces contrats le droit du porteur est soumis à la condition d'une cession dont il doit toujours fournir la preuve.

[1] C'est avec beaucoup de peine que nous avons traduit ces formules, écrites en vieil allemand. Il s'agissait probablement, dans la première, d'un billet souscrit à un couvent de femmes.

et perfectionnée de manière à devenir l'instrument le plus puissant et le plus indispensable du commerce (*h*). Plusieurs auteurs ont voulu la considérer comme de l'argent. Tel n'est pas son caractère; mais elle est certainement une porte-argent. Son essence consiste en effet à procurer avec toute facilité et sûreté le paiement de sommes d'argent; et cela, à de grandes distances, et en outre avec le concours d'un nombre indéfini de personnes impliquées dans l'affaire et y coopérant.

Déjà dans sa forme la plus simple et la plus fréquente, celle où ne figurent dans la lettre de change que des personnes déterminées, individuellement dénommées, ce contrat suffit pleinement à écarter les difficultés signalées plus haut (§ 62) du transfert des obligations. Car lorsque le premier créancier désigné dans la lettre de change (le preneur) transporte cette lettre à un autre par endossement, l'aliénation qui s'opère, par la tradition de la lettre, est aussi complète que celle de la propriété; aucun des porteurs postérieurs ne

(*h*) Il est principalement question ici de la lettre de change tirée à ordre, qui constitue l'opération commerciale par excellence. Le change pur et simple n'est le plus souvent qu'une reconnaissance de prêt, revêtue par la volonté des parties d'une force coercitive plus grande (le droit applicable au change). Cependant, en bien des en droits encore, le change pur et simple est employé dans un but commercial. Il a alors la même nature que la lettre de change tirée à ordre.

pourra se voir opposer une exception tirée de la personne du premier créancier, ou résultant des cessions intermédiaires (*i*). — En outre, par la forme de la lettre de change, toute difficulté relative à la preuve des cessions, souvent fort nombreuses, se trouve écartée, puisque, sur un seul et même titre, de peu d'étendue et facilement transportable, on voit, à côté de l'indication de l'opération première, tous les endossements.

Il résulte de ces explications qu'il n'était pas besoin de créer des lettres de change au porteur. Ce mode de procéder a cependant été aussi employé, pour donner à l'opération plus d'extension et de flexibilité. Dans ce but, on a essayé de deux formes différentes.

Premièrement on a créé dès l'origine la lettre de change elle-même au porteur, d'une manière analogue à celle indiquée pour le simple billet (notes *b*, *c*). La validité d'une lettre de change ainsi conçue n'est point généralement reconnue. Quelques législations la tiennent pour valable, notamment le Landrecht (Droit national) prussien (*k*); d'autres la rejettent (*l*). Le règlement

(*i*) Mühlenbruck, Cession, § 19, p. 234. — Allgemeine Deutsche Wechselordnung (Règlement général sur le change en Allemagne), de 1848, art. 82.

(*k*) A. L. R. (Dr. nat. gén.), part. II, tit. 8, § 762, 763, 810.

(*l*) Mittermaier, § 329. C'est donc sans juste motif qu'il présente ce point comme généralement reconnu.

général sur le change en Allemagne la regarde comme nulle (*m*).

Deuxièmement on a tenté la forme d'une lettre de change créée d'abord au profit d'une personne déterminée (comme preneur), mais pouvant ensuite revêtir la forme au porteur par un endossement quelconque (endossement en blanc). La validité de cette forme est aussi appréciée différemment par les législations (*n*); le Landrecht prussien la reconnaît (*o*), comme aussi le règlement général sur le change en Allemagne (*p*).

Il est évident que la reconnaissance de cette deuxième forme suffit encore aux exigences des affaires, puisqu'il n'est besoin que d'ajouter quelques mots (rien que la signature de l'endosseur), pour donner à la lettre de change, sous cette dernière forme, des effets semblables à ceux que produit la première forme.

II. Police d'assurance maritime.

Quand des marchandises ou des vaisseaux sont assurés contre les risques de mer, le titre (police)

(*m*) Allg. Deutsche Wechselordnung (Règlement général sur le change en Allemagne), de 1848, art 4, n° 3, combiné avec l'art. 7. Par là se trouve également abolie la décision citée plus haut du Landrecht (note *k*) Gesetzsammlung (Collection des lois), 1849, p. 49.

(*n*) Mittermaier, § 336.

(*o*) A. L. R., part. II, tit 8, § 816-818.

(*p*) Allg. Deutsche Wechselordnung (Règlement général sur le change en Allemagne), art. 12, 13, 36.

qui constate ce contrat a un but beaucoup plus restreint que celui auquel pourvoit le contrat de change. Mais les deux opérations ont cela de commun, qu'elles sont souvent destinées à produire leur effet à des distances très-éloignées. De là la nécessité de communiquer, la plupart du temps, à la police d'assurance maritime, une plus grande élasticité que l'élasticité ordinaire ; à cet effet on l'a créée au porteur. Cette forme d'opération est généralement tenue pour valable (*q*). Par là sont encore écartées toutes les difficultés que nous avons indiquées plus haut pour les cessions faites d'après le droit commun (§ 62).

En nous occupant ici des importantes opérations du droit commercial, qui peuvent revêtir la forme de titres au porteur, nous devons ajouter encore deux remarques qui leur sont communes.

La lettre de change et la police d'assurance doivent être considérées comme des opérations isolées, dont chacune a son but déterminé, sa marche, sa terminaison (*r*). Nous signalons ici en

(*q*) Mittermaier, § 303, Dunker, p. 51. Cependant l'emploi de cette forme d'opérer n'est pas fréquent. Le droit prussien ne la permet qu'aux négociants. A. L. R., part. II, tit. 8, § 2071.

(*r*) Ce caractère de titres isolés doit être affirmé, même lorsqu'une lettre de change est tirée

passant ce caractère comme opposé à celui des titres au porteur qui vont suivre, la nature de ceux-ci étant, au contraire, celle de véritables quantités.

En outre, il faut remarquer que la forme au porteur relègue au second rang les questions qui sont précisément les plus importantes dans les autres obligations, notamment les rapports du créancier avec le débiteur, et par suite la question de savoir ce que le débiteur doit prester, et comment il peut être contraint à cette prestation par une action. Car à ce point de vue la lettre de change au porteur ne se distingue nullement de la lettre de change au profit d'une personne déterminée; dans les deux cas l'obligation et l'action résultant de la lettre de change sont absolument les mêmes. — Cette observation restreint donc toute la difficulté, et, par suite, toute notre recherche postérieure à la question suivante.

Quel est le porteur qui peut faire valoir à son profit de pareils titres? Qui faut-il entendre par cette dénomination?

Cette question, théorique dans une certaine me-

par premier, second, et troisième exemplaire. Car il n'y en a toujours qu'une seule d'entre elles qui doive produire effet, et cette alternative établit entre elles une relation réciproque. Cf. Mittermaier, § 331.

sure, doit cependant mener à la solution des questions purement pratiques qui se rapportent au transport, à la revendication, et à l'anéantissement[1] de ces titres.

§ 64.

1. CONTRAT. B. PERSONNES. TITRES AU PORTEUR (suite).

Les titres au porteur dont nous nous sommes occupés jusqu'ici (§ 63) concernent les affaires purement privées de personnes isolées. Nous allons maintenant étudier d'autres opérations qui présentent un caractère plus public, en ce qu'elles se rapportent essentiellement à des personnes morales, soit qu'elles émanent de l'Etat lui-même, ou qu'elles soient autorisées par un des pouvoirs de l'Etat et placées sous sa surveillance immédiate (*a*). Comme titres appartenant à cette classe, nous devons réunir ici les obligations d'Etat[2], les

(*a*) Stahl, Philosophie des Rechts, t. 2, p. 316. V. plus haut, § 61, *c*.

[1] C'est ainsi que nous croyons devoir traduire l'expression allemande : Amortisation. Cette expression ne correspond pas ici, comme on serait tenté de le croire, à l'idée d'amortissement, c'est-à-dire de retrait des titres par achats à la Bourse (voy. le § 69, notamment la note *a*).

[2] Traduction littérale de l'allemand : Staatsobligatio-

bons hypothécaires[1] dans beaucoup de provinces prussiennes, et les titres[2] de compagnies industrielles.

I. Obligations d'Etat.

Les obligations que l'Etat contracte peuvent revêtir la même forme que les obligations des particuliers, et alors elles ne rentrent pas dans le domaine de notre recherche actuelle. Et même quand elles sont organisées en grand, et d'une manière plus spéciale, il arrive, la plupart du temps, qu'elles n'y rentrent pas encore, puisqu'elles sont très-fréquemment inscrites sur des livres publics, aux noms des personnes déterminées (*b*).

Nous n'avons à nous occuper ici que des obligations d'Etat, constatées par des titres qui s'appliquent, non à des personnes déterminées, mais à tout porteur, et auxquels sont joints des bons d'intérêts de même espèce, ou coupons.

C'est sur la validité de cette classe de titres au

(*b*) Bender, p. 159. A cette classe appartiennent par exemple les titres français ; c'est pourquoi les possesseurs qui résident à l'étranger se servent habituellement de l'intermédiaire de maisons de banque de Paris.

n e n. Nous avons à peu près l'analogue en France, dans les rentes sur l'Etat au porteur.

[1] Pfandbriefe, littéralement : lettres d'hypothèque. Ces titres se rattachent à la constitution de grandes propriétés féodales ; nous n'en avons point d'analogues en France.

[2] Schuldbriefe, littéralement : lettres de dette ou d'obligation.

porteur, entre tous, qu'il peut s'élever le moins de doutes. Très-ordinairement, ils sont introduits et sanctionnés par des lois proprement dites, rendues sous une forme quelconque, et même là où cette loi pourrait faire défaut, ils seront certainement confirmés par voie administrative, au moyen de déclarations solennelles des hauts pouvoirs de l'Etat. Mais la question de la validité juridique de ces titres (dans les cas si rares où elle peut s'élever) n'a pas l'importante signification pratique qui se rencontre à propos de beaucoup d'autres, par exemple des lettres de change au porteur (§ 63, de *k* à *p*). Pour celles-ci, en effet, la question est de savoir si le juge, en cas d'action, doit reconnaître leur validité, tandis que les obligations d'Etat ne rentrent pas dans la compétence ordinaire des juges.

II. Bons hypothécaires en Prusse (*c*).

Depuis l'année 1769, des corporations de crédit ont été instituées et se sont graduellement éten-

(*c*) Rabe. Darstellung des Wesens der Pfandbriefe (Exposition de la nature des bons hypothécaires). Halle et Berlin, 1818, 2 volumes in-8°. — Des bons hypothécaires ont été aussi introduits, sur des bases analogues, dans plusieurs autres Etats allemands et non allemands, notamment dans le Mecklembourg où cette institution a eu de très-bons résultats. Une très-complète nomenclature de ces pays se trouve dans un mémoire de Wolowski, insérée dans la *Revue de législation et de jurisprudence* [1]. Paris, 1852, t. 1, p. 74, 75.

[1] En français dans l'original.

dues aux parties suivantes des Etats prussiens : Silésie, Marche de Brandebourg, Poméranie, Prusse occidentale, Prusse orientale, Posen. Les corporations de cette espèce portent le nom de *Landschaft* (province), et dans la Marche celui de *Ritterschaft* (chevalerie). Elles sont formées de propriétaires des biens nobles de chaque province. Le propriétaire peut demander que son bien soit taxé d'après les bases, exactement déterminées, de la corporation, et qu'il lui soit ouvert un crédit, pour une certaine partie de la valeur estimative (*d*). De là, la création de bons hypothécaires jusqu'à concurrence d'une somme fixée. Ces titres sont au porteur; ils n'expriment que le nom du bien. Ils sont remis au possesseur du bien, qui peut en disposer à son gré.

De cette situation résultent les rapports de droit suivants : le porteur est créancier en vertu du bon hypothécaire. En face de lui se place comme débiteur personnel, non le possesseur du bien, mais la corporation, à la caisse de laquelle il doit s'adresser pour toucher les intérêts, et même, en notifiant sa volonté, le capital (*e*). Le porteur a

(*d*) La moitié ou les deux tiers, suivant les différentes provinces.

(*e*) Ce droit de créance personnelle contre la corporation peut-il être poursuivi par voie d'action judiciaire? c'est là un point controversé. Mais pratiquement la question offre moins d'intérêt qu'on ne pourrait le penser. Si les bons hypothécaires sont au

hypothèque sur le bien dénommé dans le bon hypothécaire.

La corporation, de son côté, se retourne contre le possesseur du bien aussitôt qu'il ne paie pas exactement les intérêts. Ce recours est dispensé de subir les lenteurs de la voie judiciaire, et les statuts organiques de l'institution permettent à la corporation de mettre immédiatement le bien en séquestre et de l'administrer elle-même pour assurer le paiement des intérêts. Elle peut ensuite exercer le droit de vente aux enchères, conformément aux règles générales du droit hypothécaire.

La validité juridique de cette classe de titres au porteur est également hors de doute, puisque tous ces bons hypothécaires ont pour base des lois proprement dites, rendues sous une forme quelconque.

III. Titres des Sociétés industrielles.

Dans les temps modernes, beaucoup de grandes entreprises industrielles sont fondées à l'aide d'un capital fourni par la réunion d'un grand nombre de personnes isolées, dont chacune, en proportion

pair ou au-dessus du pair, personne ne pensera à intenter une action, en présence de la facilité et des avantages d'une vente à la bourse. Dans les circonstances critiques, comme après la guerre de 1806, on accorde aux corporations des indultes [1]. Et dans l'intervalle elles savent toujours remédier à cet état de choses, par des mesures administratives.

[1] Facilités, détails.

de son apport, reçoit des actions émises sous la forme au porteur. Ces opérations ont reçu leur plus grande extension à propos de la construction des chemins de fer. L'importance de l'objet a fréquemment exigé l'intervention de lois pour confirmer l'entreprise et en fixer les conditions (*f*). — Il est évident que ces actions peuvent être appelées des titres au porteur, mais aussi, d'un autre côté, qu'elles ne rentrent pas directement dans le domaine de la présente étude. En effet, nous nous occupons ici des obligations, et des porteurs de titres, qui doivent être considérés comme créanciers. Or, les actions dont nous parlons sont des titres constatant une part de propriété dans un chemin de fer ou une autre entreprise industrielle, et le porteur d'une de ces actions est un véritable copropriétaire (*f*[1]). Aussi ces actions ne rappor-

(*f*) Cf. Thoel, Handelsrecht (Droit commercial), t. 1, § 44. — En Prusse, il a été rendu en l'année 1843 une loi générale sur l'établissement des sociétés par actions, constituées avec l'approbation du souverain. Elle mentionne notamment les actions au porteur comme un objet d'une importance spéciale. Gesetzsammlung (Collection des lois), 1843, p. 341).

(*f*[1]) Il faut cependant remarquer que la conception de ce rapport de droit peut donner lieu à une double manière de voir. On peut, en effet, considérer la corporation (société ayant la personnalité civile) comme propriétaire de l'entreprise, et voir par suite dans chaque actionnaire un créancier de la corporation, ou un simple intéressé[1]. — Mais on peut aussi, d'un autre côté, considérer (et c'est là mon opinion) les actionnaires comme copropriétaires de l'entreprise, si bien que la personnification de la corporation n'aurait d'autre but que de faciliter sa représentation et de compléter son existence à l'égard des tiers. Une circon-

[1] C'est là le système consacré par notre Code français, art. 529.

tent-elles pas d'intérêts, mais des dividendes, c'est-à-dire une quote part du bénéfice net réalisé, beaucoup, ou peu, ou même rien du tout, d'après le résultat plus ou moins favorable de l'entreprise (*g*). — Cependant les questions les plus importantes (*h*) sont communes aux titres en question et à ceux qui font l'objet de cette étude, ce qui nous fournira bientôt l'occasion de les englober dans le cercle de nos recherches.

Cependant, nous pouvons rattacher directement à notre recherche actuelle une opération appliquée à ces entreprises industrielles. Il arrive très-fréquemment que le capital originairement fixé, et réuni au moyen d'actions, ne suffit pas pour exécuter l'entreprise. Un moyen fort usité d'obtenir le capital manquant est celui-ci : la société contracte un emprunt, et émet, pour cet emprunt, des titres au porteur, qu'on appelle Prioritaets-

stance vient à l'appui de cette manière de voir : il est certain qu'à l'origine il y avait une simple société (donc une copropriété pour chacun des membres), et l'autorisation postérieurement accordée de former une corporation n'a certainement pas eu pour but d'altérer dans son essence le rapport de droit préexistant. Cf. aussi la loi prussienne sur les chemins de fer, § 3 G. S. (Collection des lois) 1838, p. 506. — Du reste toute cette controverse n'a qu'un simple intérêt théorique. — Déjà même le droit romain reconnaissait des corporations de cette espèce. Savigny, Système, t. 2, § 88 *i*.

(*g*) Si quelquefois ces actions portent des coupons représentatifs d'intérêts fixes, cette circonstance dépend la plupart du temps de ce que l'Etat garantit, comme minimum, un certain dividende. C'est ce dividende qu'on appelle alors intérêt. Il est ou non accompagné, suivant le résultat, d'un dividende indéterminé.

(*h*) Cf. les questions proposées à la fin du § 63.

actien [1] (actions de priorité), par opposition aux Stamm-actien [2] (actions de souche). Ce sont alors des titres de simples obligations, rapportant des intérêts fixes, et non des dividendes indéterminés.

Ces prioritaets-actien sont absolument identiques aux obligations d'Etat et aux bons hypothécaires. Leur validité juridique est le plus ordinairement mise hors de doute par l'obtention d'une confirmation de l'autorité, en forme de loi (*i*).

On ne peut méconnaître l'identité des trois classes de titres au porteur ici réunies. Nous devons tout d'abord bien préciser leur nature, et conséquemment répondre à la question : Que sont ces titres? Cette question est particulièrement importante et controversée en ce qui touche les obligations d'Etat, mais la réponse qui doit y être faite convient également aux autres classes de titres.

Plusieurs auteurs ont dit que les obligations d'Etat étaient une monnaie, c'est-à-dire une

(*i*) Par exemple, d'après la législation prussienne : Gestzsammlung (Collection des lois) 1842, p. 77 et q. 300, 1845, p. 459 et p. 572, 1851, p. 721.

[1] C'est ce que nous appelons dans notre langage financier des *obligations*.

[2] C'est ce que nous appelons dans notre langage financier des *actions*.

sorte de papiers-monnaie (*k*). La plupart ont rejeté cette idée (*l*), mais en grande partie par un motif erroné, à savoir, parce qu'elles n'ont pas cours forcé; ce motif est erroné puisque le cours forcé ne constitue nullement l'essence de la monnaie, mais peut simplement s'y rattacher accidentellement (§ 42). — Le vrai motif pour lequel on doit refuser à ces titres la nature de monnaie consiste en ce que la monnaie a pour destination de servir de commune mesure à toutes valeurs (§ 40), au lieu que les titres dont il est ici question ne sont ni créés ni employés effectivement dans ce but : il va tout à l'heure être question de leur véritable destination. L'important résultat pratique de cette différence essentielle entre nos titres et la monnaie consiste en ce que la richesse et la valeur viennent s'incorporer complétement dans la monnaie (et même dans le papier-monnaie), résultat qui ne se produit nullement dans nos titres (§ 69).

D'autres ont dit que ces titres devaient être considérés comme une marchandise (*m*). Si l'on entend par là la faculté d'être vendu et acheté, cette assertion est vraie, mais tout à fait insignifiante; car cette propriété leur est commune avec

(*k*) Souchay, I, p. 152, 153.
(*l*) Goenner, § 56. Bender, p. 173. Dunker, p. 47. Thoel, § 54.
(*m*) Bender, p. 175.

presque tous les éléments de la richesse, non-seulement avec la propriété, mais même avec les créances qui s'appliquent à des personnes déterminées. — Aussi cette expression se rapporte-t-elle en fait à une tout autre idée; on veut dire par là que ces titres sont destinés à servir d'objets à la spéculation et aux opérations de bourse. Cette manière de voir n'est pas sans quelque fondement, bien qu'elle ne doive nullement être admise. Certes la nature de ces titres comporte la possibilité d'une pareille application, de sorte qu'elle ne peut ni ne doit être prohibée; mais l'Etat qui émet ces obligations n'a certainement pas l'intention de créer un nouvel objet de commerce, et son intérêt est bien mieux servi par leur immobilisation constante dans les mêmes mains que par leur continuelle circulation à la bourse. Aussi ces spéculations, analogues à un jeu de hasard, sont-elles peu désirables, parce qu'elles distraient des opérations utiles l'activité et la puissance de l'argent (*n*).

(*n*) C'est là une différence digne de remarque entre les obligations d'Etat et la monnaie, spécialement le papier-monnaie, différence qu'on est porté à négliger à cause de l'analogie apparente. La circulation active des obligations d'Etat (par achat et vente) dénote le plus souvent un état de gêne, puisqu'un état prospère conduit à leur conservation dans les mêmes mains, et au maintien des mêmes cours. Pour la monnaie, au contraire, un état normal et prospère amène une circulation rapide et continue, et c'est toujours un mauvais signe que de voir les parti-

Si ces titres ne sont ni une monnaie ni une marchandise, nous devrons y voir au contraire de vraies reconnaissances, et des reconnaissances de prêts d'argent (*o*), ne se distinguant par leur forme des autres reconnaissances ordinaires qu'en ce qu'on les crée au porteur, non au profit d'une personne déterminée. Leur but consiste à réunir de grosses sommes d'argent, en offrant à un grand nombre de capitalistes, même aux moins riches, une occasion commode et facile de placer leur argent à intérêt.

Si nous comparons ces trois classes de titres au porteur aux lettres de change et polices dont nous avons parlé antérieurement, nous trouvons tout d'abord la différence suivante. Ces derniers titres concernent des opérations isolées (§ 63); les premiers s'appliquent à des opérations multiples, où leur nature propre est d'agir par leur masse, et cette remarque nous conduit à reconnaître dans ces titres un caractère très-important.

Ces titres sont en effet de vraies quantités (*p*), c'est-à-dire des choses qui n'ont pas une valeur individuelle; si bien que, par exemple, une

culiers s'en procurer de grandes quantités et la serrer ou l'enfouir.

(*o*) Goenner, § 56. Thoel, § 54.

(*p*) Sur l'idée de quantités ou choses fongibles, voyez plus haut t. 1, § 39, et système, t. 6, § 268, p. 122, 123 (p. 125, 126, trad.).

obligation d'Etat a absolument la même valeur qu'une autre quelconque de même espèce et de même quotité. A ce point de vue, ces titres se placent absolument sur la même ligne que la monnaie, dont il faut les distinguer soigneusement au point de vue de leur destination. — Seulement il est le plus souvent impossible de reconnaître individuellement les quantités, et il n'en est en aucune façon ainsi pour les obligations d'Etat, etc. Au contraire, chaque titre isolé porte une marque individuelle, au moyen de numéros qui se combinent parfois avec des lettres, de l'important usage desquels il sera encore question plus loin. Au premier abord, on pourrait être porté à placer ici sur la même ligne le papier-monnaie et les obligations d'Etat, puisque ces marques se retrouvent sur les feuilles isolées qui forment le papier-monnaie (*q*). Mais, en fait, il en est autrement. Le papier-monnaie passe si vite et si souvent d'une main dans une autre, qu'il ne serait ni possible, ni véritablement utile, pour ses possesseurs temporaires, de faire attention à ces marques (note *n*), et que la plupart n'y prennent même pas garde. Ainsi elles n'ont nullement pour but la sûreté et l'avantage du possesseur; elles se rattachent aux procé-

(*q*) Ainsi, par exemple, sur les bons de caisse prussiens.

dés de fabrication, et servent en même temps de contrôle, en cas d'imitation et de falsification du papier-monnaie.

Les trois classes de titres au porteur ici mentionnées ressemblent aux lettres de change et polices dont nous avons parlé plus haut (§ 63), en ce que chez elles se trouvent pareillement écartées les difficultés déjà citées de la cession romaine. Chaque transport opère, comme pour la propriété, une aliénation complète, et empêche qu'on ne se reporte désormais aux droits et aux obligations du créancier originaire, ou d'un cessionnaire intermédiaire (62, 63). — Elles ressemblent encore à ces cas antérieurement exposés, en ce que, chez elles, la question la plus importante pour les autres obligations, c'est-à-dire le rapport du créancier au débiteur, est laissée au second plan, bien que ce soit ici par un autre motif que dans les cas antérieurement mentionnés. Ici, en effet, ce rapport n'est pas soumis aux règles générales du droit des obligations, mais à des conditions spéciales qui se rencontrent dans la création de ces titres. Dans les obligations d'Etat, il ne peut pas plus être question d'une notification faite par le créancier préalablement à la réclamation du capital, que d'une action en justice pour réclamer le capital ou les intérêts; tout se résout ici par voie adminis-

trative. Les intérêts sont payés par des caisses publiques instituées à cet effet, et le capital s'amortit peu à peu, soit par le tirage au sort d'obligations, qui sont remboursées à la valeur nominale, soit par leur retrait, au moyens d'achats à la Bourse; dans ces deux cas elles sont dès lors anéanties. Le créancier, de son côté, peut essayer de toucher le capital par une vente en Bourse; il n'a d'autre garantie contre l'Etat que les sentiments de justice qui animent le gouvernement, et le soin avec lequel celui-ci veille sur ses propres intérêts; car son crédit serait compromis par la violation de l'engagement qu'il a pris. Une situation analogue se présente quant aux bons hypothécaires et aux actions de priorité, comme nous l'avons déjà en partie remarqué plus haut.

A propos de ces titres, cependant, se présentent en premier lieu exactement les mêmes questions qui ont été proposées plus haut (*r*) sur les lettres de change et polices d'assurances au porteur. D'abord la question générale :

Qui est le porteur? Que faut-il entendre par cette dénomination?

A la réponse se rattache la solution des questions toutes pratiques qui ont pour objet le transport,

(*r*) A la fin du § 63.

la revendication, et l'anéantissement de ces titres [1].

§ 65.

I. CONTRAT. B. PERSONNES. TITRES AU PORTEUR (suite).

Je me suis efforcé jusqu'ici, en citant un petit nombre (§ 63, 64) de catégories isolées de titres au porteur, de faire ressortir les points de vue juridiques propres à nous servir de guides. Mais cette énumération n'a en aucune façon pour but de ne reconnaître comme existant que les cas cités. On peut, même dans les Etats allemands, arriver à constater l'existence également régulière de plusieurs autres cas d'une nature analogue, qui peuvent se ramener sans difficulté aux cas dont nous nous occupons ici.

Mais une tout autre question, à la discussion de laquelle j'arrive maintenant, est celle de savoir si les particuliers peuvent librement et arbitrairement créer et mettre en circulation de nouveaux titres au porteur et quelles conséquences juridiques se rattachent à une pareille tentative.

[1] Voyez la note ajoutée par nous à la fin du § 63.

Sans aborder encore la question elle-même, nous pouvons nous convaincre facilement que ces tentatives ne s'appliqueront pas aux titres concernant les opérations de droit isolées, et dont nous nous sommes occupés d'abord, comme les lettres de change et polices d'assurance (§ 63); car le but très-restreint de ces titres s'oppose à leur extension arbitraire et prévient par là même les dangers qui résulteraient de ces tentatives. Elles s'appliqueront au contraire à ces titres qui, à l'exemple des obligations d'Etat, sont émis par masses comme de simples quantités (§ 64). Voici donc en quoi consisteront ces tentatives : un particulier ou une société de particuliers émettront des titres au porteur en nombre considérable, peut-être indéfini, et cela à volonté, pour arriver à réunir de grandes sommes d'argent; et, d'un autre côté, il se trouvera des personnes qui donneront de l'argent comptant en échange de ces titres; de pareilles opérations juridiques sont-elles valables?

Beaucoup d'auteurs les déclarent valables (*a*), d'autres nulles (*b*). D'après les considérations générales présentées plus haut (§ 61, 62), je dois,

(*a*) Phillips Deutsches Recht (Droit allemand), 3ᵉ édit., § 73; Dunker, p. 50-52, Mittermaier, § 274, notes 1 et 2.

(*b*) Goenner, § 58, Mühlenbruch, Cession, 3ᵉ édit., p. 458. Souchay, I, p. 154. Stahl, V. plus haut § 61, *c*.

au point de vue de notre droit commun, me ranger à cette dernière opinion, puisque les titres concernant des personnes indéterminées sortent de la nature et du but des obligations. Mais cette raison générale ne doit point nous empêcher de pénétrer plus attentivement dans l'examen de l'application spéciale à faire ici de la question générale.

On a bien essayé de faire intervenir dans cette étude le droit romain (*c*), et quoiqu'il soit certain que les Romains n'aient point connu les titres au porteur, on pourrait croire cependant que quelques principes du droit romain sont applicables à l'institution en question. Mais les principes de la représentation, ou de la créance à acquérir pour une tierce personne (§ 56-59) ne peuvent s'appliquer ici que d'une manière arbitraire et forcée, puisque, chez les Romains eux-mêmes, ces principes avaient constamment trait à des personnes déterminées. Or il est au contraire question ici de rattacher, par une règle inconnue aux Romains, une obligation à un créancier indéterminé, et de transformer ainsi les principes romains sur la cession (§ 62).

De plus, on a voulu se reporter à un droit coutumier général de l'Allemagne, qui reconnaîtrait

(c) Cf. Dunker, p. 41. Mittermaier, § 274, note 2.

la validité de ces titres. Cette allégation est déjà contredite par la grande divergence d'opinions qui existe entre les auteurs. Mais il faudrait supposer, en outre, que ces sortes de titres peuvent être généralement tenus pour valables, et mis en circulation par la simple volonté des particuliers; ce qu'aucun auteur n'ose cependant affirmer.

Il faut ajouter que le simple fait qu'elle n'est pas reconnue dans les sources de notre droit commun ne saurait être un obstacle absolu à la validité de cette institution juridique. Si elle répondait à un besoin véritable, et ne soulevait contre elle aucune objection, elle se serait frayé un chemin d'elle-même, en l'absence de toute loi, comme il est arrivé pour les lettres de change, qui sont certainement étrangères au droit romain. Elle n'aurait même pas manqué dans ce cas d'être reconnue et améliorée par les lois, ainsi que nous l'observons dans les nombreuses lois des différents Etats sur la lettre de change. Enfin, si toutes ces considérations ne prévalaient pas, nous devrions au moins conseiller aux législateurs de reconnaître et d'améliorer cette institution. Mais il en est tout autrement, et l'abandon de ces titres au simple arbitraire des particuliers soulève les plus sérieuses objections.

Le débiteur qui met en circulation des titres au

porteur, peut avoir, en agissant ainsi, différents buts. De grands propriétaires peuvent se trouver dans une position analogue à celle de l'Etat, lorsqu'il émet les obligations d'Etat. Ils peuvent émettre des titres au porteur productifs d'intérêts, avec hypothèque sur leurs biens, pour réunir ainsi plus facilement et plus économiquement une grosse somme dont ils ont besoin, et pour éteindre, avec, d'anciennes et lourdes dettes. Ce procédé peut n'être nullement suspect, mais mérite-t-il d'être approuvé et autorisé? C'est un point qui ne doit être décidé qu'après un examen sérieux de chaque cas isolé. Car il est également facile d'abuser de ce même procédé pour dissimuler une affaire sans bases sérieuses, tromper l'acquéreur du titre et lui faire subir un préjudice. Ce danger est la conséquence naturelle de l'indétermination d'une opération qu'il est impossible aux particuliers de pénétrer, ce qui la rend extrêmement hasardeuse en l'absence de l'approbation et de la surveillance de l'autorité.

Mais une semblable opération peut encore être entreprise dans un tout autre but, c'est-à-dire pour spéculer avec l'argent rassemblé et en tirer ainsi bénéfice; soit que les billets produisent un faible intérêt, soit qu'ils ne portent aucun intérêt, et soient cependant reçus dans la circulation, par

suite de l'activité, dans l'endroit où ils ont été émis, des opérations commerciales, auxquelles ne suffit plus la monnaie courante (*d*). Dans ce cas se présente la même objection que dans le premier cas. Peut-être le grand crédit de la maison de commerce, ou de la compagnie d'où émanent ces titres, a-t-il pour base une simple illusion. Mais ici vient s'ajouter une seconde objection souvent plus sérieuse encore. Ces titres, émanant de particuliers, peuvent faire éprouver de sensibles perturbations à la situation monétaire de l'Etat, et tout spécialement diminuer l'avantage qu'il trouve dans le privilége exclusif (en tant qu'une véritable nécessité l'exige) d'émettre du papier-monnaie. Car bien qu'en fait ces titres ne soient pas une monnaie, cependant ils opèrent sur le marché d'une manière analogue à la monnaie véritable.

D'après ces principes, on ne peut admettre qu'il convienne de donner aux particuliers la liberté de créer arbitrairement des titres au porteur. S'il se trouve des cas isolés où cette faculté doit incontestablement leur être accordée, au moins doit-elle

(*d*) Dans ce but peuvent être aussi émises des lettres de change au porteur en grand nombre, qui ne sont alors qu'une autre forme de billets. Les lettres de change ne sont pas dans ce cas considérées comme telles, mais comme titres s'appliquant à des opérations multiples, comme quantités, et elles sont sujettes à toutes les objections proposées dans le texte contre les simples titres, créés dans un pareil but.

être soumise à l'approbation et à la surveillance de l'autorité.

Supposons maintenant que des titres au porteur aient néanmoins été émis. Nous les tiendrons pour nuls en vertu des principes énoncés ; mais la question s'élève de savoir quelle est la portée et la conséquence de cette nullité.

Un titre nul ne peut, comme tel, engendrer d'action. Ainsi, par exemple, une action ne saurait se fonder snr une lettre de change créée au porteur, là où la loi ne reconnaît pas une telle lettre de change (*e*).

Mais ce n'est pas à dire, cependant, que celui qui a émis les titres, et s'est procuré de l'argent en échange, puisse garder cet argent, et dépouiller ainsi le porteur. Au contraire, l'ensemble de l'opération doit être décomposé en ses éléments naturels, au point de vue desquels le titre, sans avoir aucune efficacité intrinsèque, peut cependant être utilisé comme moyen de preuve. Partant, il faut considérer l'opération comme un prêt originaire, accompagné d'un plus ou moins grand nombre de cessions intermédiaires dont les inconvénients exposés plus haut (§ 62) se représentent ici dans

(*e*) Allg. Deutsche Wechselordnung (Règlement général sur le change en Allemagne), art. 7, combiné avec art. 4, num. 3.

toute leur force. Le débiteur peut invoquer les exceptions opposables au premier créancier, spécialement la compensation et l'*exceptio non numeratæ pecuniæ*. Il ne faudrait pas même exclure la *lex Anastasiana*, si quelqu'un des cessionnaires avait acheté la créance au-dessous *de la valeur nominale*.

Les considérations ici présentées ont reçu une remarquable confirmation de la loi prussienne de 1833 (*f*). D'après cette loi, sera punie à l'avenir l'émission de titres au porteur créés autrement qu'avec l'autorisation du pouvoir souverain, rendue en forme de loi. D'ailleurs le § 4 ajoute que les titres en question, émis jusqu'ici sans autorisation, pourront donner un droit d'action au porteur, contre celui qui les a créés. Mais ce serait une erreur que d'entendre cette disposition en ce sens que ces titres seraient en eux-mêmes réguliers et efficaces, et que ce serait la loi en question, œu-

(*f*) L. du 17 juin 1833 G. S. (Collection des lois), 1833, p. 75. — Le Allg. Landrecht (Droit nat. gén.), I. 11, § 793, suppose qu'il y a des titres au porteur, mais sans dire qui peut les créer. — En l'année 1850 s'est formée à Berlin une société privée, sous le nom de *Kassenverein* (Union des caisses), qui a émis des billets de banque au porteur, jusqu'à concurrence d'un million de *thalers* [1]. Mais cette société a obtenu les 15 avril 1850 l'autorisation du souverain (G. S. 1850, p. 301).

[1] Environ 3,750,000 fr.; le thaler vaut environ 3 fr. 75.

vre toute positive, qui leur aurait enlevé pour la première fois leur efficacité. Le but de cette disposition est au contraire d'empêcher le créateur du titre de tirer de l'opération un bénéfice injuste; elle laisse par suite dans le doute l'efficacité de cette opération, dont la législation ne s'était pas occupée jusqu'alors. Car, même pour les entreprises de cette nature (défendues et frappées d'une peine), qui auront lieu à l'avenir, le § 5 dispose que le créateur des titres sera contraint par l'autorité de retirer et d'anéantir ceux qu'il aura émis, évidemment afin que le créateur, qui mérite au moins ce traitement, ne tire point de l'entreprise un gain illégitime.

Le code autrichien suppose comme le Landrecht (droit national) prussien (note *f*), l'existence de titres au porteur, sans dire qui est autorisé à en émettre (*g*). En revanche, un autre passage (*h*) ordonne que, dans tout billet constatant un prêt, « on désigne d'une manière claire et sincère le véritable prêteur ou créancier, » si l'on veut que ce billet fasse preuve complète. Cette disposition semble proscrire les billets au porteur entre particuliers. — Depuis longtemps, il était d'usage, dans les Etats autrichiens, que de grands propriétaires

(*g*) Code, § 371, 1393.

(*h*) Code, § 1001.

émissent des billets au porteur, dont le montant, d'après des relevés officiels, dépassait, il y a cinq ans, dix millions de florins [1]. Les tribunaux autrichiens les tenaient pour valables, mais les tribunaux provinciaux les plus élevés mettaient en doute cette validité [2]. Enfin parut, le 24 décembre 1847, une circulaire du gouvernement provincial de l'archiduché d'Autriche au-dessous l'Enns [3], s'appuyant sur une décision souveraine du 19 juin 1847 (ayant en conséquence force de loi), et contenant la disposition suivante : « Deuxièmement : Toutes obligations partielles de cette espèce devront porter un nom déterminé. Il est interdit à l'avenir de les créer au porteur. » Il y a bien là une reconnaissance indirecte et conforme à l'opinion de la jurisprudence, des obligations qui se trouvaient déjà en circulation. Mais on ne dit pas quelle conséquence devra avoir, à l'avenir, l'émission de telles obligations contrairement à la loi, comme le fait la loi prussienne de 1833, qui détermine ces conséquences. Il va de soi que cette

[1] 26 millions de francs. Le florin autrichien vaut 2 fr. 60 c.

[2] On sait que l'empire d'Autriche, outre l'Autriche proprement dite, comprend un grand nombre de provinces ayant chacune leurs lois et leurs tribunaux spéciaux.

[3] Nom d'une rivière qui sépare en deux parties l'archiduché d'Autriche.

lacune ne peut évidemment conduire à décharger le créateur des titres de toute obligation, mais qu'au contraire le porteur du titre peut tout au moins invoquer l'opération, décomposée en ses éléments naturels.

§ 66.

I. CONTRAT. B. PERSONNES. TITRES AU PORTEUR (suite).

Le caractère esssentiel des titres au porteur consiste, comme nous l'avons dit plus haut, en ce que le droit du créancier ne doit pas être rattaché (comme dans les autres obligations) à une personne déterminée, mais à un certain rapport entre une personne et le billet, le titre (*a*). Quel est maintenant ce rapport? Qui devrons-nous considérer comme le vrai porteur dans le sens juridique, comme le propre créancier?

Cette question, très-importante et très-controversée, concerne également les titres de cette

(*a*) Cf. plus haut, § 62, *b*. — Parmi les billets ou titres, sont compris ici aussi bien ceux qui portent reconnaissance d'un capital que les coupons isolés d'intérêts, ou de dividendes. L'étude qui suit embrasse également tous ces cas, le principe qui lie le droit de créance au rapport de la personne au titre a été appelé plus haut, à la fin du § 62, l'incorporalisation de l'obligation.

nature, isolés (lettres de change et polices), et les titres multiples (obligations d'Etats, etc.) (*b*). Elles se rapportent même aussi aux Stamm-Aktien (*actions de souche*) des entreprises industrielles (§ 64), qui ne rentrent point en elles-mêmes dans le domaine des obligations, mais dans lesquelles la personne du véritable porteur (de celui qui est autorisé à toucher) donne lieu aux mêmes doutes, et doit être entendue exactement de la même manière que dans les titres obligatoires dont nous nous occupons ici.

Les réponses de nos auteurs à cette question sont ou vagues et indécises, ou franchement erronées (*c*). Je vais commencer par citer, parmi les opinions possibles, les deux extrêmes, entre lesquelles on peut en essayer plusieurs intermédiaires.

L'une de ces opinions consiste à dire que le vrai créancier, c'est le propriétaire du titre; d'où la conséquence que tout exercice du droit suppose

(*b*) Cf. § 63, 64. — Parmi ces questions, celles qui concernent les lettres de change créées ou endossées au porteur, sont d'autant moins importantes, qu'il est au pouvoir de tout porteur, en intercalant dans un endossement le nom d'une personne déterminée, de changer la nature de la lettre de change. Allg. Deutsche Wechselordnung (Règlement général sur le change en Allemagne), art. 13, 36.

(*c*) Plusieurs auteurs ont dit : Le titre constitue l'obigation (Mittermaier, § 274, note 7). Cette expression figurée n'avance pas le débat. L'obligation ne peut être que le droit d'une personne, cette expression ne désigne donc que le lien qui rattache le droit à un rapport qui unit la personne au titre. Or tout dépend de la détermination exacte de ce rapport.

la preuve de l'acquisition de la propriété. — L'exactitude relative de cette opinion a pour principe le procédé par lequel s'obtient la première acquisition de ce titre. Quand une personne passe à la caisse publique, y verse une somme d'argent, et reçoit en échange une obligation d'Etat nouvellement émise, avec ses coupons, elle devient indubitablement propriétaire de ce titre. De même, il est indubitable que cette propriété peut être transférée par tradition, de cette personne à une autre, de celle-ci à une troisième, et ainsi de suite. La marche régulière de l'opération, sur laquelle on compte certainement lors de sa première organisation, conduit à ce résultat, que c'est toujours le vrai propriétaire qui fera valoir la créance. Il est vrai que cette marche régulière peut être interrompue, que le propriétaire du titre peut le perdre, un tiers le trouver et s'en servir : ou qu'il peut tomber, par suite de vols, entre les mains d'un non-propriétaire. Mais, certes, personne n'osera soutenir que l'effet de ces événements accidentels soit d'assimiler le possesseur illégitime au propriétaire, et de le rendre créancier véritable. — Nous répondrons qu'au point de vue pratique, on aperçoit tout d'abord l'impossibilité complète d'admettre cette doctrine. Qu'on réfléchisse que, dans le courant d'une journée, plusieurs milliers

de coupons sont présentés à une caisse publique pour y être payés, et on sera forcé de reconnaître qu'on ne peut songer à exiger pour chaque coupon la preuve de sa propriété, même au cas où on se montrerait très-facile quant à l'administration de la preuve.

L'opinion diamétralement opposée conduit à cette conclusion que la possession effective (la détention) est la base du droit du créancier, sans qu'il faille aucunement considérer les caractères juridiques de cette possession (*d*). — Les facilités accordées à la pratique sont évidentes; mais au point de vue juridique, il y a beaucoup à reprendre dans cette opinion. Car, en la poussant à ses dernières conséquences, il faudra que le caissier, sous les yeux duquel on place un coupon volé, compte l'argent au voleur, parce qu'il serait pour le moment le possesseur effectif, et, par suite, le véritable créancier.

Où est maintenant le juste milieu entre ces deux opinions extrêmes?

On pourrait chercher à examiner en particulier la nature de chaque classe de titres de cette espèce et à scruter les différentes expressions qui y ont

(*d*) Cette opinion a été particulièrement soutenue avec force par les auteurs suivants : Goenner, p. 193, 232, 241. Souchay, I, p. 147-149 ; II, p. 44, 45.

été employées. Mais contre cette tentative s'élève l'objection irréfutable, que tous ces titres ont une même nature, et que la différence entre les expressions qui y sont contenues est sans aucune importance. Dans les titres relatifs au capital de la créance, il est d'usage de ne point désigner la personne du créancier, puisque régulièrement celui-ci ne peut exiger le capital, et qu'on ne peut attendre de sa part aucun acte se rapportant au titre (*e*). Quant aux coupons d'intérêts et de dividendes que le créancier touche périodiquement, et vis-à-vis desquels il fait ainsi preuve d'activité personnelle, il y est désigné sous les noms de Inhaber [1] (*possesseur*), ou de Ueberbringer (*porteur*), ou de Einlieferer [2] (*preneur*) ou *de porteur* [3], ou de holder [4] (*teneur*) (*f*). Ce serait tomber dans une erreur complète que de chercher

(*c*) Cf. § 64. — Les obligations prussiennes, comme les obligations autrichiennes, portent simplement : Schuldschein über... (*reconnaissance de...*) ou Schuldverschreibung über... (*inscription de...*), sans mentionner la personne du créancier.

(*f*) Sont usitées sur les coupons des reconnaissances de l'Etat et des chemins de fer prussiens, l'expression Inhaber [1] : sur les billets de banque de la Société des caisses (Kassenverein) de Berlin : Einlieferer [2], sur les *métalliques*, autrichiens : Ueberbringer, sur les obligations russo-polonaises : *porteur* [3], sur les russo-anglaises : *holder* [4].

[1] C'est le mot que l'auteur emploie ordinairement, et que nous traduisons par : *porteur*.

[2] Littéralement : remetteur.

[3] En français dans l'original.

[4] Mot anglais.

une signification différente pour chacune de ces expressions. D'un autre côté, il est évident que toutes ces expressions se réfèrent à un rapport de fait, non de droit, et viennent ainsi à l'appui de la seconde des deux opinions présentées plus haut. Nous rechercherons tout à l'heure l'explication de cette circonstance digne de remarque.

Puisque les expressions employées dans les titres ne nous fournissent aucun éclaircissement, nous devons chercher à déduire le juste milieu entre les deux opinions extrêmes mentionnées plus haut, de la nature des rapports de droit dont nous nous occupons : ce qui n'est possible qu'en considérant attentivement les conséquences qui en résultent, et qui sont partout les mêmes, au profit des personnes impliquées dans l'opération.

Le créancier a deux intérêts différents, qui sont jusqu'à un certain point en contradiction l'un avec l'autre, et qui, par conséquent, poussent à éviter tout principe extrême dans l'organisation de ce rapport de droit, et à chercher un terme moyen pratique. Il a d'abord intérêt à pouvoir aliéner sa créance facilement et sûrement, et à éviter dans ce but les difficultés qui se rattachent à la cession (§ 62). Mais ensuite, il a encore un intérêt tout autre : celui de trouver protection dans les cas où le titre est perdu par lui, ou volé, ou détruit, c'est-à-dire

contre le dommage qui peut résulter de la perte involontaire de la possession.

Le débiteur a intérêt à ce qu'aucune entrave particulière (comme celle résultant de la preuve obligatoire de la propriété) ne soit apportée à l'accomplissement régulier de ses engagements ; mais il a spécialement intérêt à pouvoir effectuer les paiements qui lui sont réclamés avec pleine sécurité, sans s'exposer à une action en recours de la part d'une tierce personne.

La conciliation de ces intérêts différents s'obtient en traitant de la manière suivante l'ensemble de l'opération. On doit considérer comme véritable créancier le propriétaire du titre. Mais le fait de la possession établit toujours une présomption de propriété. Cette présomption de propriété a une double signification.

Du côté du possesseur, elle signifie qu'il peut exercer tous les droits du propriétaire, aussi longtemps que cet exercice ne soulève point de protestation pouvant conduire à une contestation juridique, et à la preuve d'un droit préférable chez un autre, points qui seront bientôt examinés avec détails. Pour les besoins pratiques, la situation de possesseur suffit complétement, puisque les cas mentionnés tout à l'heure d'une perte involon-

taire de la possession constituent des exceptions relativement peu fréquentes.

Du côté du débiteur, cette présomption signifie qu'il a le droit absolu de payer tout possesseur de fait, et de se libérer complétement par ce paiement, sans avoir jamais à craindre les réclamations d'un autre, qui prétendrait avoir un droit préférable. On concède généralement au débiteur la faculté de se réserver ce droit, et cette concession générale empêche qu'une pareille réserve ne préjudicie à aucun des intéressés, puisque chacun, en prenant part à l'opération, se soumet librement au danger qu'elle entraîne à sa suite. C'est même à ce droit absolu que se réfèrent les expressions citées plus haut (note *f*) : Inhaber, Ueberbringer, etc., qui sont choisies à dessein pour désigner un simple rapport de fait, indépendamment de toutes conditions juridiques. — Mais de ce que le débiteur a ce droit absolu, il n'est pas dit qu'il doive l'exercer en toutes circonstances, sans avoir aucun égard à ces conditions. En fait, il n'en est pas ainsi dans les cas douteux. Lorsque, avant le paiement, celui qui prétend avoir involontairement perdu la possession notifie cette prétention au débiteur, celui-ci doit provisoirement refuser le paiement au possesseur, afin de laisser aux parties la possibilité de faire reconnaître, par le moyen d'un

procès, où est la véritable propriété (par opposition à celle qui est simplement présumée).

§ 67.

I. CONTRAT. B. PERSONNES. TITRES AU PORTEUR (suite). (TRANSPORT. REVENDICATION.)

La nature de la question à laquelle il a été répondu dans les paragraphes précédents est surtout théorique. Mais il s'y rattache quelques importantes questions, purement pratiques, qui se réfèrent à l'organisation des titres au porteur mis en circulation. A cette classe appartiennent, comme se présentant à propos de ces titres, les questions suivantes : I. Transport, II. Revendication, III. Anéantissement.

I. Transport des titres au porteur.

Il en a déjà été parlé dans le cours de cette recherche, si bien qu'en ce moment nous n'avons besoin que de rappeler l'ensemble des principes déjà exposés.

Le transport du droit a lieu par la tradition du titre; c'est absolument le même procédé que dans le transport de propriété. La forme d'une ces-

sion n'est pas exigée (*a*), pas même possible, puisque le titre n'indique pas la personne de l'ayant droit antérieur qui pourrait faire cette cession. Par là sont écartées les difficultés qui naissent de la cession, particulièrement les exceptions qui, dans la cession, peuvent se déduire de la personne d'un précédent ayant droit (§ 62, 63 et 64).

La règle que nous venons d'établir est tout à fait indépendante de la contestation sur la personne du véritable ayant droit (§ 66). Car ceux qui, comme nous, rattachent le droit de créance à la propriété du titre, doivent regarder la tradition comme la vraie forme du transport du droit. Mais, d'un autre côté aussi, ceux qui considèrent comme le véritable ayant droit, non pas le propriétaire, mais le possesseur de fait, doivent également admettre cette règle, puisque la possession, considérée en elle-même, indépendamment de la propriété, s'acquiert par la tradition.

II. Revendication des titres au porteur.

Nous considérerons premièrement cette revendication rien qu'au point de vue du droit romain. Ici il ne peut y avoir aucun doute : la revendication de ces titres, comme de tout autre objet, est donnée

(*a*) C'est un point expressément reconnu dans le Allg. Landrecht (Droit national gén.), I, 11. § 401. De même dans le Code autrichien, § 1393.

au vrai propriétaire contre tout possesseur indistinctement, même contre le possesseur de bonne foi, et sans restitution à celui-ci de l'argent qu'il peut avoir déboursé (*b*).

Cette règle est aussi complétement indépendante de la controverse qui s'élève sur la personne du véritable ayant droit ou créancier (§ 66). Car les auteurs mêmes qui rattachent le droit contre le débiteur à la possession de fait, non à la propriété du titre, n'entendent pas nier par là la possibilité d'en être propriétaire, ni les conséquences ordinaires de cette propriété; ils soutiennent seulement que la propriété du titre est sans influence sur la situation du véritable possesseur, c'est-à-dire sur son droit contre le débiteur.

La doctrine que nous venons d'exposer a été défendue par plusieurs auteurs (*c*).

Mais la plupart des auteurs ont, au contraire, nié que la revendication s'appliquât comme règle aux titres dont nous nous occupons; ils ont seulement admis une exception pour le cas où le défendeur est un possesseur de mauvaise foi; il faudrait notamment considérer comme tel le dépositaire qui

(*b*) *L.* 23 *C. de rei vind.* (3, 32), *L.* 2 *C. de furtis* (6, 2).

(c) Phillips, Deutsches Recht (Droit allemand), § 73 de la 3e édit., Mittermaier, § 74, num. III, Kind, quæst. for., t. 3, C. 26.

refuse de restituer les titres à lui confiés (*d*). — Nous étudierons tout particulièrement cette exception à la fin de cette recherche; mais nous allons d'abord nous livrer à l'examen de l'exclusion de la revendication admise comme règle générale.

L'exclusion de la revendication s'appuie sur le principe suivant. La libre et facile transaction des titres doit être l'intérêt prédominant de toutes les personnes impliquées dans l'opération. Par suite, il faut admettre que la tradition et l'acquisition de ces titres ont toujours lieu avec l'assentiment tacite de toutes les parties, et qu'aucune revendication proprement dite ne peut s'exercer.

Cette supposition est premièrement fort arbitraire et hasardée. Si l'on voulait consulter sur leur opinion les seuls créanciers, ils allégueraient aussitôt l'intérêt opposé ci-dessus cité, et il est très-douteux que la majorité soit plus frappée du danger d'être soumis à une revendication par suite d'un achat imprudent, que du danger de perdre la possession par vol, et d'être alors privée de la revendication contre le tiers possesseur. Souvent,

(*d*) Mühlenbruck, Cession, p. 460, 461, Eichhorn, Deutsches Recht (Droit allemand), § 191, *d*., Goenner § 70, Bender, § 67, Souchay, I, p. 149-155, Dunker, p. 49, Thoel, § 55.

il sera plus facile d'éviter tout dommage en achetant avec prudence, que de prévenir la perte du titre par suite de vols ou de brigandages.

On peut ajouter que même une renonciation expresse à la revendication (renonciation qu'il faudrait admettre si facilement à propos de ces titres) serait en contradiction avec les règles du droit romain sur la propriété. La propriété peut être modifiée par certains *jura in re* reconnus, comme les servitudes ; mais une modification de la propriété opérée arbitrairement par un simple particulier est impossible, comme contraire au *jus publicum* (*e*). Ce qui signifie que le consentement ne peut avoir qu'un effet obligatoire entre les contractants et leurs ayant cause, mais non un effet réel, opposable aux tiers, comme l'exigerait l'exclusion de la revendication.

Il s'ensuit qu'alors même que l'allégation des adversaires serait juste et incontestable (ce que je nie), on ne pourrait, d'après notre droit commun, admettre la conséquence qu'ils en tirent. Il faudrait donc regarder comme désirable au plus haut point que la revendication fût exclue par une nouvelle loi.

(*e*) *L.* 17 *de R. I.* (50, 17), *L.* 61 *de pactis* (2, 14). — Cf. Système, t. 1, § 16, p. 58, (p. 55, trad.).

L'unique ressource pour l'opinion des adversaires consiste encore à invoquer un droit coutumier général, qui exclurait la revendication. Mais cette prétention, d'après les principes intrinsèques cités plus haut, paraît grandement contestable, et il serait également difficile de lui trouver dans la concordance des décisions rendues par les tribunaux une confirmation extrinsèque.

Je reviens maintenant à l'exception par lequelle les adversaires veulent restreindre la règle, en autorisant la revendication contre le possesseur de mauvaise foi. Je dois encore repousser cette exception comme une inconséquence, une demi-mesure. Si la règle des adversaires était juste, il s'ensuivrait que la revendication serait indistinctement exclue, et le propriétaire du titre réduit à l'action personnelle contre le voleur, le dépositaire, etc., ce qui ne peut, du reste, être mis en doute. — Comme base de cette exception, on invoque la prétendue règle générale que personne ne peut tirer avantage de son dol. Mais ce principe n'est vrai d'une manière générale que dans le droit des obligations, non dans le droit des choses, puisque l'acheteur qui s'est fait par des manœuvres frauduleuses consentir une vente acquiert la propriété de la chose, nonobstant son dol, et la transporte efficacement à un nouvel

acheteur (*f*). — La vraie base de cette exception, c'est une raison d'équité, en dehors des principes. Si le titre se trouve chez le voleur ou le dépositaire, le propriétaire sera protégé sûrement par la revendication, tandis que, dans une action personnelle contre le voleur, le concours des autres créanciers lui enlèverait peut-être tout ou partie de son droit (*g*).

Les principes que nous venons d'établir doivent nous convaincre que, dans le domaine de notre droit commun, il faut appliquer la revendication aux titres au porteur, absolument dans le sens que le droit romain attachait à la revendication. Cette application s'étend à toutes les espèces citées plus haut de véritables ayant droit, ou porteurs d'un titre quelconque. Elle embrasse donc à la fois les lettres de change, les obligations d'état avec les titres de même nature que ceux-ci, même les Stamm-Aktien (actions de souche) des chemins de fer, quoique celles-ci ne rentrent point dans les titres de créance (*h*).

A la revendication se relie également toute la

(*f*) *L.* 10 *C. de resc. vend.* (4, 44). Noodt, de forma emend. doli mal. C. 15.

(*g*) Cf. sur ce point, à l'occasion d'une loi saxonne : Kind, quæst. for., t. 3, C. 26. De plus Phillips, § 73 note 7.

(*h*) Cf. plus haut, § 66, *b*. — Sur la revendication et l'anéantissement des lettres de change, cf. plus bas, § 69 *h*.

doctrine à suivre sur l'éviction; le possesseur actionné et contraint d'abandonner le titre revendiqué peut exiger une indemnité de son vendeur, et son recours peut même atteindre les précédents porteurs.

Mais la question la plus importante et la plus difficile touchant la revendication concerne la base de ce droit, qui mérite d'être étudiée ici plus sérieusement.

Le fondement de toute revendication se ramène à deux points, dont chacun peut devenir l'objet d'une contestation et d'une démónstration : d'abord l'identité de l'objet que réclame le demandeur avec celui que le défendeur possède ; ensuite la propriété du demandeur.

Pour écarter le doute sur l'identité de l'objet, le demandeur devra fournir une indication détaillée (*i*). Dans la plupart des revendications, cette partie de la preuve souffre d'autant moins de difficulté, qu'il en est peu ou point question dans le procès. Il en est autrement dans le cas de titres au porteur, dont les plus nombreux et les plus importants peuvent, comme quantités (§ 64, *p*), être facilement confondus avec les titres de même espèce. — Cette particularité peut, dans bien des

(*i*) *L.* 5 § 5, *L.* 6 *de rei vind.* (6, 1).

cas, rendre la revendication plus difficile, mais il est certain qu'elle ne peut l'exclure. Car même la monnaie, aussi bien la monnaie métallique que le papier-monnaie, dont chaque unité isolée ne peut être distinguée en elle-même, peut cependant incontestablement être l'objet d'une revendication (*k*). Cette revendication des pièces de monnaie est rattachée dans nos sources de droit à la condition « si extant. » Cette expression signifie que dans les pièces de monnaie, considérées comme quantités qui ne sont pas reconnaissables individuellement, le dessaisissement et aussi la confusion avec d'autres pièces, sont regardés juridiquement comme un anéantissement des pièces isolées (*l*). Pour qu'elles se conservent et puissent être reconnues individuellement, il faut que le possesseur les rattache étroitement à quelque objet d'une autre nature, c'est-à-dire qu'il place la monnaie dans quelque endroit scellé, ou fermé et marqué, comme une boîte, un sac, un portefeuille, etc. — C'est absolument le même procédé qui s'applique aux titres au porteur, et aussi longtemps que dure leur jonction avec un autre objet (jonction

(*k*) *L.* 11 § 2. *L.* 14, *L.* 31 § 1 *de reb. cred.* (12, 1), *L.* 67 *de j. dot.* (23, 3), *L.* 78, *de solut.* (46, 3), *L.* 24 § 2 *de reb. auct. jud.* (42, 5), *L.* 8 *C. depos.* (4, 34), § 2 *J. quib. al.* (2, 8). La prescription des pièces d'argent produit absolument le même résultat. *L.* 67 *de j. dot.* (23, 3).

(*l*) § 2 *J. de usufr.* (2. 4).

que le possesseur peut sans doute détruire en un moment à sa volonté), la preuve de l'identité n'offre aucune difficulté. — Mais pour ces titres, la difficulté est encore amoindrie par la circonstance qu'ils ne sont pas impossibles à reconnaître, comme les pièces d'argent, étant au contraire, dans l'usage, individualisés par des numéros (§ 64). Un propriétaire prévoyant a donc soin de dresser un état exact de ses titres, afin de se réserver par ce moyen la faculté de les revendiquer à l'avenir, si la nécessité s'en fait sentir.

Le second point, qui sert de fondement nécessaire à la revendication, c'est-à-dire la preuve de la propriété que doit fournir le demandeur, offre beaucoup plus de difficulté. Comment donc le demandeur peut-il prouver qu'il a effectivement acquis la propriété d'un titre au porteur déterminé (*m*)?

On peut sans doute supposer qu'il apporte la preuve que lui-même, ou bien son prédécesseur

(*m*) C'est l'acquisition de la propriété qui fait l'objet de la preuve, non sa persistance, qui se rattache d'elle-même à l'acquisition. Si donc on allègue que la propriété a été interrompue par une aliénation, cette allégation rentre dans la classe des exceptions, et doit être prouvée par le défendeur. Cf. Système, t. 5, § 225, p. 153-156 (p. 164-167 trad.). Bethmann-Holweg, Versuche zum Civilprozess (Essai sur la procédure civile), p. 346-349. — Je ne fais ici cette remarque qu'incidemment, parce qu'elle s'applique à toute revendication, et, par suite, ne concerne pas spécialement la revendication de ces titres.

juridique, médiat ou immédiat, a versé l'argent à la caisse publique, et reçu directement en échange une obligation d'Etat, un bon hypothécaire, etc., portant tel numéro. L'acquisition d'une véritable propriété est alors complétement prouvée; mais il est certain que ce cas est des plus rares, et ne peut en conséquence qu'atténuer légèrement la difficulté dont nous nous occupons.

Il peut encore se faire que l'acquéreur d'un titre prouve sa possession, et démontre qu'il a acheté le titre, depuis trois années révolues, soit de l'autorité publique, soit d'un particulier, et qu'il l'a toujours conservé. Mais le succès de cette preuve sera encore bien rare.

Le secours le plus sûr et le plus fréquent sera fourni par l'action Publicienne, dont les conditions sont d'ailleurs beaucoup plus faciles à obtenir que celles de la revendication. Nous allons examiner ces conditions de plus près.

La première condition est un titre régulier de possession, c'est-à-dire un fait juridique, propre en lui-même à faire acquérir la propriété, alors même que, dans le cas dont il s'agit, il a peut-être manqué de produire cet effet, en raison de motifs spéciaux. Naturellement, il ne suffit pas d'alléguer simplement ce titre, il faut le prou-

ver dans chaque cas isolé, avec toutes ses circonstances.

La seconde condition est la *bona fides*, la bonne foi. Je reviendrai tout à l'heure sur la question, difficile en elle-même, et très-controversée, de la preuve de cette condition de fait.

Nous allons maintenant considérer d'abord la position du défendeur, possesseur actuel qui peut se trouver dans un triple rapport à l'égard de la chose qu'il possède.

Il peut, premièrement, prouver qu'il est le vrai propriétaire. Alors il a incontestablement l'*exceptio dominii*, et le demandeur doit être repoussé (*n*).

Deuxièmement, il peut être uni à la chose par un rapport semblable à celui qui y rattache le demandeur et s'appuyer, comme ce dernier, sur un juste titre et sur la *bona fides*. De ce cas, le plus important aussi bien que le plus fréquent, il sera question tout à l'heure.

Il peut, troisièmement, être uni à la chose par un rapport moins favorable, en ce que, soit le titre, soit la *bona fides*, soit tous deux à la fois, ne sont pas allégués, ou prouvés, ou sont démentis par l'adversaire (*o*). Dans ce cas la condamnation est inévitable.

(*n*) *L.* 1 *pr. de publ.* (6, 2). *L.* 16. *L.* 17 *eod.* « Si quis *non a domino*... petet. »

(*o*) Nos auteurs comprennent

Il ne nous reste donc à examiner de plus près que le cas deuxième ou intermédiaire, où la possession des deux parties présente des caractères semblables. Je chercherai d'abord à écarter les questions secondaires douteuses, auxquelles ce cas peut donner lieu. Quand les deux parties tirent leur droit du même auteur (auctor), c'est celui qui est entré le premier en possession qui l'emporte. Si elles ont des auteurs différents, c'est le possesseur actuel qui l'emporte, de sorte que le demandeur est repoussé; si aucun des deux ne possède et qu'ils intentent en même temps une action contre un tiers, qui possède *infirmiori jure*, c'est encore celui qui est entré en possession le premier qui l'emporte (*p*).

Mais il reste toujours la question la plus délicate de toute cette théorie, la question de savoir quelles sont les conditions nécessaires pour que les carac-

ordinairement ce cas dans la définition de l'action, en disant que l'action peut être exercée contre celui « qui infirmiori jure possidet. » Hofacker, t. 2, § 1032. Mühlenbruck, t. 2, § 273.

(*p*) *L.* 9 § 4 *de publ.* (6, 2). *L.* 14 *qui pot.* (20, 4). — *L.* 31 § 2 *de act. emt.* (19, 1). La contradiction apparente de ces textes se résout sans en forcer le sens, de la manière indiquée dans le corps de l'ouvrage. Hofacker, t. 2, § 1032. Mais la question est très-controversée ; beaucoup d'auteurs admettent une contradiction inconciliable, et rejettent comme erronée la décision du dernier texte. Mühlenbruck, t. 2, § 273. Puchta : Pandekten et Vorlesungen (Cours publics) § 173 [1].

[1] A ces deux auteurs il convient d'ajouter M. Pellat, qui traite la question d'une manière approfondie, dans son *Exposé des principes généraux sur la propriété et l'usufruit*. Comm. de la *L.* 9 § 4 *de publ. in rem* (6, 2), p. 527 de la 2e édit.

térés de la possession des deux parties doivent être considérés comme véritablement semblables.

Nous avons déjà fait la remarque que le demandeur ne doit pas seulement alléguer un juste titre de possession, mais le prouver dans chaque cas isolé, avec toutes ses circonstances. Nous devrons exiger absolument la même preuve du défendeur.

Mais comment appliquer cette idée à la *bona fides*, qui est exigée en même temps que le titre? Est-elle aussi comprise dans la preuve à faire, preuve qui tomberait naturellement à la charge du défendeur aussi bien que du demandeur?

Il faut tout d'abord être bien persuadé que la preuve exacte de ce fait intime, exclusivement renfermé dans la conscience du possesseur, est non-seulement difficile, mais complétement impossible. Nous ne pourrions être éclairés sur ce fait que par les manifestations orales ou écrites du possesseur; mais ces manifestations ne sauraient inspirer aucune confiance, en raison de son intérêt trop évident à faire accepter tel ou tel fait.

Par suite, l'opinion prépondérante (sinon unanime) des auteurs s'est de tout temps prononcée en ce sens, que la *bona fides* n'a pas besoin d'être prouvée, qu'elle est au contraire présumée, et que c'est à l'adversaire à prouver la *mala fides*, preuve nullement impossible, souvent même très-facile,

puisque toute manifestation du possesseur touchant sa propre *mala fides* sera certainement crue, comme constituant un aveu à son préjudice.

Le résultat pratique immédiat de cette opinion devrait encore la faire admettre, si elle ne s'appuyait d'ailleurs sur des raisons sérieuses (*q*). On y fait plusieurs fois allusion dans nos sources de droit (*r*); mais ces indications ne nous suffisent pas pour embrasser d'une manière complète tout l'ensemble de ce rapport; il faut donc aller plus loin et démontrer les principes qui suivent.

La circonstance que la preuve directe de la *bona fides* est impossible, et que cependant elle est incontestablement exigée comme condition tant de la prescription que de l'action Publicienne, est le principe de l'idée que le jugement de la *bona fides*, son admission ou sa non-admission doit être abandonnée à l'appréciation du juge, avec une entière

(*q*) Ceci s'applique spécialement à la prétendue présomption, au fond bien peu justifiée, que tout homme est de bonne foi (quilibet præsumitur bonus).

(*r*) A notre étude se rattache l'emploi tout à fait indifférent de l'expression positive (bona fides) et de la simple expression négative, par exemple : *L.* 109 *de V. S.* (50, 16). « Bonæ fidei emtor esse videtur, qui *ignoravit eam rem alienam esse, etc.* » *L.* 31. § 2 *de act. emti* (19, 1). « Cum emtio venditioque *sine dolo malo* fieret. » — Ajoutez *L.* 30 *C. de evict.* (8, 45), où on suppose que l'adversaire doit prouver la *mala fides*, mais de manière à laisser incertain le point de savoir de quelle espèce de rapport de droit parle le rescrit (la rubrique du titre *de evictionibus* n'indique rien à ce sujet). — Plus spécialement *C.* 47 *de R. J.* in VI (5, 13): « Præsumitur ignorantia ubi scientia non probatur. » — Cf. sur toute cette question. Unterholzner Verjährungslehre (Théorie de la prescription), § 139. Harnier, diss. de probatione b. f. Cassellis 1841.

liberté. Mais cette libre appréciation ne doit pas être confondue avec un arbitraire aveugle; et tout d'abord, elle trouve une base précise dans le rapport incontestable qui existe entre le titre juridique et la *bona fides*. Le titre ne constitue pas seulement la justification de la *bona fides*, mais encore la véritable base sur laquelle le juge doit l'admettre comme fait, aussi longtemps que le contraire ne lui a pas été démontré (*s*). Dans ce but, il ne suffit pas du simple fait de l'existence du titre, par exemple, d'un contrat de vente; on doit toujours l'examiner en le combinant avec les circonstances dans lesquelles il s'est présenté. Si donc ces circonstances sont telles que la croyance à l'acquisition de la propriété n'ait pu naître sans légèreté ou imprudence, le juge ne doit pas admettre la *bona fides*. Ainsi, dans la recherche de la *bona fides*, on doit se décider d'après les mêmes considérations qui servent de base à la théorie de l'erreur probable. Les Romains eux-mêmes le comprenaient ainsi; plusieurs textes le montrent incontestablement (*t*). — De ce point dépend la question de savoir si le simple doute suffit pour exclure la *bona fides*. Plusieurs auteurs ont résolu cette ques-

(*s*) Ces idées se trouvent exprimées avec plus d'étendue dans le Système, t. 3, append. VIII, num. XV et num. III.

(*t*) *L.* 44, § 4 *de usurp.* (41, 3). « si... *non levi præsumptione* credat. » *L.* 7 § 2 *pro emt.* (41, 4). « aut *scire debet*. »

tion négativement d'une manière absolue (*u*), ils ont eu tort. Si le doute est fondé sur des objections sérieuses, il doit certainement exclure la *bona fides* (*v*), mais non lorsqu'il a simplement pour base un scrupule excessif.

La théorie qui précède se rapporte à l'action Publicienne en général, sans distinguer quel en est l'objet. Nous l'avons exposée avec détails en cet endroit, parce que c'est en partie à propos des titres dont nous nous occupons actuellement, qu'elle trouve une application particulière et importante, plutôt qu'à propos de beaucoup d'autres objets.

Nous considérions en dernier lieu le cas où le demandeur, comme le défendeur, invoquait et présentait un titre juridique d'acquisition de possession. Il nous reste maintenant à décider si, au point de vue de la *bona fides*, leur position est semblable ou différente, de sorte que cette différence pût être la base d'une préférence à donner à l'un sur l'autre.

(*u*) On a, à l'appui de la négative, invoqué la *L.* 11 *C. de cond. ind.* (4, 5), mais sans fondement; car, dans la *condictio indebiti*, les considérations décisives sont tout autres que dans la *bona fides*. Celui qui, doutant de la validité d'une dette, l'acquitte néanmoins, peut le faire par excès de conscience, ou pour ménager son crédit, sans avoir l'intention de faire une donation, qui exclurait certainement la condiction.

(*v*) Muehlenbruck, t. 2, § 289, not. 3. Unterholzner Verjaehrungslehre (Théorie de la prescription), t. 1. § 117, p. 409.

Il résulte des conclusions de notre recherche que nous ne pouvons nous contenter de l'idée abstraite d'un titre juridique, mais qu'il nous faudra prendre en grande considération les circonstances particulières à chaque cas isolé. La plupart du temps, chaque partie soutiendra, peut-être même démontrera entièrement, qu'elle a acheté à telle époque le titre contesté; mais les circonstances de cet achat peuvent avoir été tout à fait différentes dans les deux cas. Il est notoire que les titres dont il s'agit ici ne rentrent pas dans la catégorie des choses que tout le monde sans distinction a coutume de posséder, d'acheter et de vendre. Si donc il ressort des circonstances que l'une des parties (qui sera le plus souvent le défendeur) a acheté le titre d'une personne inconnue, ou évidemment sans ressources, ou spécialement d'une personne de laquelle on ne devait attendre ni la possession ni la négociation d'un pareil titre, le juge doit alors méconnaître la *bona fides* dans le sens juridique du mot; car il est à penser que l'acquisition est entachée ou de mauvaise foi, ou au moins d'une imprudence blâmable et condamnable. Et cette conclusion sera encore plus solidement établie, si le possesseur a acheté le titre beaucoup au-dessous du prix courant; cette circonstance seule devrait faire suspecter la régularité de la possession de l'acheteur.

Il est également certain que plusieurs lois modernes ont formulé expressément ces principes et les ont perfectionnés. Si les considérations que nous venons de présenter sur le véritable sens du droit romain sont exactes, il s'ensuit que ces lois se trouvent complétement sur le terrain du droit romain bien compris.

§ 68.

I. CONTRAT. B. PERSONNES. TITRES AU PORTEUR (suite). (DROIT PRUSSIEN.)

Nous avons encore à comparer avec les règles du droit romain que nous venons d'appliquer à la revendication des titres émis au porteur, les dispositions en partie différentes de plusieurs lois modernes.

Nous pouvons poser à l'avance en principe que si, dans un cas déterminé, on hésite entre différentes lois, il faut appliquer celle du territoire où le procès serait porté (*a*).

A. Dans presque tous les pays, la revendication romaine est restreinte par la règle : la main

(*a*) Cf. Système, t. 8, § 367, p. 187, 188 (p. 185, 186 trad.).

garantit la main [1]. Ce serait mal comprendre la règle que de vouloir la considérer comme excluant la revendication d'une manière générale. Elle ne s'applique pas à la perte involontaire de la possession (par rapt, vol, perte de la chose).

La règle ne concerne au contraire que les cas où le propriétaire de la chose l'a volontairement donnée en garde à un autre; ici il doit se contenter de l'action personnelle contre celui-ci; la revendication contre le tiers possesseur lui est refusée. Encore ce refus est-il entendu d'une manière plus ou moins large, suivant les lieux. En certains endroits, il s'étend à toute espèce d'actes ayant pour résultat de confier sa chose à une autre personne; en d'autres endroits, au contraire, rien qu'au cas où le propriétaire de la chose l'a confiée à un autre dans l'intérêt de celui-ci (par exemple, à un locataire ou à un créancier hypothécaire), non à ceux où l'intérêt propre du propriétaire se trouve seul en jeu (par exemple, à un dépositaire, ou à un intendant ou domestique de ce propriétaire) (*b*). Il n'y a aucune raison pour ne

(*b*) Mittermaier, t. 1, § 153. Bornemann, Preussisches Recht (Droit prussien), t. 2, p. 145.

[1] « Hand muss Hand wahren. » Dicton allemand, analogue à notre règle : en fait de meubles possession vaut titre (art. 2579, C. N.). Ce principe, qu'on retrouve dans le Sachsenspiegel (miroir de Saxe), recueil législatif du XIV[e] siècle, a été reproduit dans le Allegemeines deutsches Handelsgeselbuch (Code général de commerce allemand), art. 306.

pas faire l'application de ces règles à tous les titres au porteur sans exception. Là donc où la règle est restreinte dans des limites plus étroites, la revendication ne sera exclue que si le propriétaire du titre l'a remis à quelque créancier hypothécaire, mais non s'il l'a confié à un dépositaire ou à un mandataire. Là où on lui donne une plus grande extension, la revendication sera refusée au propriétaire dans ces derniers cas, c'est-à-dire dans tous les cas où il a volontairement remis le titre entre des mains étrangères.

B. Droit prussien.

AUTEURS :

Bornemann, Preuszisches Civilrecht (Droit civil prussien), t. 2, § 118, p. 145-151.
Ergaenzungen (Compléments). etc., de **Graeff**, etc. Fünfmaennerbuch (Livre des cinq auteurs), t. 2, p. 160-181, 2e édit. 1844.

Si sur cette théorie j'examine le droit prussien avec beaucoup plus de détails que les autres droits, ce n'est pas seulement, ni même principalement, parce que j'appartiens moi-même au royaume de Prusse; mais c'est que ce droit offre des matériaux bien plus riches qui se trouvent également dans la législation et dans les travaux des auteurs. — Dans l'exposition du droit prus-

sien, je ferai tout d'abord abstraction de l'objet spécial qui nous occupe ici (les titres au porteur), et j'étudierai les actions réelles en général d'après ce droit; alors seulement il sera possible de traiter d'une manière suivie de l'objet spécial de notre recherche.

Mais avant d'essayer l'exposition des actions réelles elles-mêmes en ce qui touche le droit commun (§ 67), je veux traiter quelques points secondaires dont l'influence variée se fait sentir sur ces actions en particulier.

Le premier de ces points se rapporte à une présomption générale introduite dans l'intérêt du possesseur, qui paraît au premier abord plus importante qu'elle ne l'est en réalité, et qui s'exprime textuellement ainsi : « Tout possesseur a pour lui, en règle générale, la présomption d'une possession régulière et de bonne foi (*c*). » Nous devons comprendre et approuver cette présomption en ce qui touche la bonne foi, dans le sens indiqué plus haut pour le droit commun (§ 67, *r*). — La présomption de régularité, c'est-à-dire de l'existence d'un juste titre, paraît plus douteuse (*d*). Car si l'on voulait donner à cette pré-

(*c*) A. L. R. (Dr. nat. gén.), I, 7, § 179, § 8.

(*d*) Sur le sens de l'expression : régularité de la possession, cf. A. L. R., I, 7, § 10.

somption tout l'effet dont le mot est susceptible, quiconque a été une fois possesseur serait fondé à réclamer contre tout tiers la possession qu'il a perdue, en s'appuyant simplement et sans autre preuve sur cette présomption de droit. En fait, ce n'est point ainsi qu'on l'entend; cette présomption ne se rapporte qu'à la position du possesseur actuel, c'est-à-dire le défendeur au procès sur la propriété; elle désigne donc seulement la situation du défendeur vis-à-vis du demandeur, en ce sens qu'il est permis au défendeur de se renfermer dans une simple dénégation, et d'attendre que le demandeur réussisse à prouver ce qu'il avance pour invoquer l'intervention du juge en sa faveur. Et ce n'est point là une règle spéciale; c'est toujours la même situation qui, dans un procès sur d'autres espèces de droit, par exemple sur une obligation, doit incontestablement être assignée au défendeur.

Un autre point secondaire à discuter concerne la bonne foi du possesseur; ce n'est point à lui à la prouver; elle est au contraire présumée dans son intérêt, tant que le demandeur ne prouve point le contraire. Nous avons déjà mentionné cette règle (note *c*), et le droit prussien n'offre à cet égard aucune particularité. — En revanche, un point d'une grande importance pratique, conforme

d'ailleurs, je le crois, aux idées déjà reçues en droit romain (§ 67, *t*), s'est développé bien davantage en droit prussien, et a acquis, grâce aux perfectionnements qu'il a reçus, une immense utilité.

Doit, en effet, « être considéré comme possesseur de mauvaise foi, » quiconque, en déployant un degré de prudence ordinaire, aurait eu des raisons de douter de la validité de son titre de possession, et s'est cependant attribué cette possession, sur la régularité de laquelle il n'a été induit en erreur que par suite d'une faute plus ou moins grave (*e*). Cette règle générale trouve son application dans les cas spéciaux qui suivent : Premièrement, si l'on reçoit une chose d'une personne suspecte. A cette classe appartiennent les gens qui ne font pas ordinairement le commerce de pareilles valeurs ou ceux qui, par leur position ou leur genre de vie, ne les possèdent pas habituellement; particulièrement les gens parfaitement inconnus, qui offrent de vendre ou d'engager de l'or, de l'argent, des bijoux et d'autres objets précieux (*f*). Deuxièmement, si la valeur de la chose surpasse de beaucoup le prix exigé

(*e*) A. L. R., I, 7, § 13, 15, I, 20, § 91.

(*f*) A. L. R., I, 15, § 18, 19, Anhang (Appendice), § 49, 50, II, 20 § 1231-1236.

par le vendeur, et donne lieu de soupçonner vraisemblablement que cette chose a été détournée (*g*). La conséquence première de la négligence de ces principes est, en droit civil, de faire perdre au défendeur à la revendication l'avantage qu'a le possesseur de bonne foi de demander au propriétaire revendiquant le remboursement du prix d'achat qu'il a versé (*h*). A ce préjudice venait s'ajouter, dans notre droit pénal (aboli tout récemment), cette autre conséquence importante, qu'au cas où la chose avait été précédemment volée, l'acquéreur imprudent était soumis à une forte amende ou à la peine de l'emprisonnement (*i*).

(*g*) A. L. R., II, 20, § 1236. On controverse la question de savoir si l'on doit considérer comme un acquéreur imprudent, même celui qui achète une chose, dont le vol a été annoncé dans les feuilles publiques, au moins quand cet acheteur est dans les affaires; mais il faut qu'il soit bien prouvé qu'il a connu effectivement l'avertissement et l'indication. Cf. Fünfmaennerbuch (Livre des cinq auteurs), t. 2, p. 180. Hinschius jur. Wochenschrift (Revue hebdomadaire de jur.), t. 1, 1835, p. 127-130. Bornemann, t. 2, p. 147.

(*h*) A. L. R., I. 15, § 18, 25. — Ceci ne s'applique toutefois qu'au cas, d'ailleurs le plus habituel, où la chose ayant été achetée d'une personne suspecte, l'origine du droit sur cette chose ne peut être poursuivie au delà. S'il est au contraire démontré que la personne suspecte a acquis la possession d'une autre non suspecte et par suite sans être en faute, le dernier et imprudent acquéreur de la possession échappera par là à tout préjudice. Bornemann, t. 2, p. 165, 166.

(*i*) La peine qui était prononcée ici atteignait d'ailleurs en premier lieu et avant tout les négociants qui transgressaient la loi (A. L. R., II, 20, § 1236), mais elle s'appliquait aussi à toute autre personne (§ 1240, 1241). — Ces peines ne peuvent plus être appliquées, depuis l'abrogation générale en l'année 1851 du tit. 20, part. II. du Landrecht. Mais les dispositions de ces §§ peuvent encore servir à interpréter et compléter les préceptes de droit civil contenus dans les titres 7 et 15, part. I du Landrecht.

Si l'on examine sans préjugés ces dispositions soignées et précises, et les conséquences multiples et rigoureuses attachées à leur violation, on demeurera convaincu que le législateur a traité ce point sérieusement et compté sur une application féconde en résultats dans la vie pratique.

Enfin, un troisième point, qui exige encore ici une discussion sommaire, se rapporte à la position du défendeur dans le procès sur la propriété. On dit de lui qu'il n'est pas obligé « d'indiquer et de prouver son titre de possession (*k*). » Ce principe suit immédiatement la présomption déjà mentionnée de la régularité et de la bonne foi de la possession (note *c*), et il est présenté comme une conséquence de cette présomption. En droit romain, où ce principe n'est pas exprimé, on peut admettre qu'il est sous-entendu. Même dans le Landrecht (Droit national), il ne réclamait pas une mention spéciale ; et son évidence, comme son importance, ressortait assez des exceptions suivantes, qui ont pour but de le restreindre.

1. La première a lieu quand quelqu'un prouve que la possession de la chose lui a été enlevée par violence, dol ou fraude. Cette exception a surtout trait au cas de vol ; ce vol doit donc

(*k*) A. L. R., I, 7, § 180.

être attesté, et presque jamais la preuve précise n'en pourra être fournie (*l*).

2. La seconde a lieu quand le juge regarde la production du titre de possession comme nécessaire à l'éclaircissement des faits contestés (*m*). Une complète liberté d'appréciation est donc laissée aux juges sur ce point.

3. Il y a encore exception quand quelqu'un prouve que la possession régulière de la chose lui a été enlevée sans son consentement (*n*). Cette exception se distingue de la première en ce qu'elle ne s'applique pas seulement (comme celle-là) aux choses volées, mais même aux choses perdues; elle est donc plus étendue. Mais elle n'a lieu que sous une condition plus rigoureuse; ici le demandeur doit, en effet, prouver la régularité de sa possession (*o*). La raison essentielle de trai-

(*l*) A. L. R. I. 7, § 184. — Il est ici question d'une simple attestation : ce point est expressément reconnu dans la déclaration du 23 mai 1785, § 13. (V. plus bas note *mm*.) De même dans le Allg. Ger. Ordn. (Ord. gén. jud.), I, 51, § 124 [1].

(*m*) A. L. R., I, 7, § 184. — Dans un autre passage (I, 15, § 39), il est question d'une interrogation judiciaire; le refus persistant de s'y soumettre entraîne des déchéances spéciales. Il est incertain si, par cette interrogation judiciaire, on doit entendre simplement la question du juge mentionnée dans le texte précédent, ou aussi les questions de l'adversaire posées devant le juge. Le passage I, 7, § 186, ne me paraît pas décisif.

(*n*) A. L. R., I, 15, § 34.

(*o*) Fünfmaennerbuch (Livre des cinq auteurs), t. 2, p. 165. — C'est sans raison que Bornemann, t. 1, p. 262, nie cette différence en soutenant que, dans le § 34, l'addition : régulière a eu lieu par erreur. — Sans doute l'inventeur (c'est-à-dire celui qui avoue être un simple

[1] Publiée en 1793, un an avant le Landrecht.

ter différemment ces deux cas, c'est que la protection contre un délit étranger doit s'accorder plus facilement et s'étendre plus loin que la protection contre le simple hasard ou l'imprudence du réclamant.

D'après quelques-uns des textes de loi mentionnés, le possesseur est obligé de faire connaître non-seulement son titre de possession, mais même son auteur (*p*); d'après d'autres, il suffit que le titre soit dénoncé sans l'auteur. Cette différence n'est qu'apparente et accidentelle, car la production du titre doit comprendre, sans aucun doute, toutes les circonstances du fait; et, avant toute autre circonstance, doit être mentionné l'auteur.

De plus, les textes de loi ne parlent expressément que de la dénonciation du titre et de l'auteur; mais pour que cette prescription ne soit pas entièrement illusoire, elle doit certainement comporter aussi en soi une attestation[1].

inventeur) doit remettre la chose trouvée même à celui qui avait précédemment la qualité de simple détenteur (I, 9, § 59); mais il ne s'ensuit pas que le simple détenteur puisse forcer celui chez lequel il trouve la chose perdue à faire connaître son titre de possession, pour éprouver par là si ce détenteur actuel est un inventeur.

(*p*) I, 15, § 34, 39.

[1] Bescheinigung, mode de preuve moins rigoureux que la preuve complète, qui établit simplement la présomption et la probabilité du fait. Nous n'avons pas en français de mot qui corresponde exactement à l'idée allemande.

Car autrement on se bornerait à affirmer simplement qu'on a acheté la chose d'un passant inconnu ou d'une personne morte depuis, afin d'éluder la loi (*q*). Un des textes dit encore expressément que l'affirmation du possesseur, que le titre ou l'auteur lui sont inconnus ou sortis de la mémoire, ne peut être tolérée qu'autant qu'il prouve les circonstances qui rendent cette affirmation vraisemblable (*r*).

Si nous nous demandons maintenant la raison de ces importantes exceptions légales, plusieurs auteurs la placent dans la règle particulière au droit prussien (*s*), d'après laquelle le rapt, le vol et même l'invention d'une chose perdue, ne font pas disparaître la possession antérieure, et ne donnent au voleur, etc., aucune possession (*t*); tandis qu'il se produit un changement dans la possession par la survenance d'une prise de possession nouvelle, exempte de faute (*u*). L'obligation mentionnée plus haut de produire son titre

(*q*) Bornemann, t. I, p. 262, paraît adopter cette opinion, lorsqu'il parle de documents et attestations [1]. — Dans le Fünfmaennerbuch (Livre des cinq auteurs), t. 2, p. 166, sont cités les auteurs de l'une et l'autre opinion.

(*r*) A. L. R., I, 15, § 39.

(*s*) Bornemann, t. I, p. 262. Korb, Discussion dans la juristische Wochenschrift (Revue hebdomadaire de jurisprudence) d'Hinschius, t. 5, p. 455.

(*t*) A. L. R., I, 7, § 96-98, 112, 113; I, 9, § 26 (cf. avec I, 7, § 125).

(*u*) A. L. R., I, 7, § 122.

[1] Voyez la note précédente.

de possession peut donc servir à nous convaincre que le défendeur doit être un vrai possesseur, non un simple détenteur.

Je laisserai en suspens la question de savoir si les rédacteurs du Landrecht, en créant l'obligation exceptionnelle de dénoncer le titre de possession, peuvent ou non avoir pensé à la théorie mentionnée tout à l'heure, toute nouvelle, et, à coup sûr, peu heureuse, de l'acquisition et de la perte de la possession. Mais certes, un autre ordre d'idées au moins aussi étroit, et même plus étroit, se présentait à eux : je veux parler de la corrélation avec la règle précédemment établie, d'après laquelle l'acquisition de la possession, d'une personne suspecte, ou à un prix démesurément vil, doit faire aussitôt présumer une prise de possession de mauvaise foi (notes *f*, *g*). Nous avons déjà remarqué plus haut que cette règle a un caractère tout pratique et une signification importante, et qu'ainsi le législateur doit avoir compté avec raison sur son application vraie.

Mais comment nous assurer de l'existence d'une acquisition imprévoyante et légère, acquisition que le législateur met tant de soin à écarter? Le possesseur ne s'en expliquera pas volontiers, et l'obligation de dénoncer le titre de possession qui

lui a fait acquérir la chose dont le vol, etc., est attesté [1], sera, la plupart du temps, la seule voie pour découvrir cette situation blâmable et arriver du même coup jusqu'à la découverte du délit. Car, sans cette obligation, le voleur lui-même, dans la possession duquel la chose est trouvée, serait fondé à se retrancher valablement derrière le simple appui et la présomption de la bonne foi (note *c*). — C'est dans cet ordre d'idées qu'il faut chercher la vraie raison de cette obligation exceptionnelle de dénoncer le titre de possession ; c'est là le véritable esprit de la loi, ainsi qu'il ressort particulièrement de la libre appréciation laissée aux juges sur ce point (note *m*).

Après avoir écarté les points incidents que je viens d'étudier, j'arrive maintenant aux actions mêmes sur la propriété dont je vais exposer les règles en droit prussien.

A la tête de ces actions se place ici, comme en droit commun, la revendication propre, l'action sur la propriété véritable. A celui qui peut prouver l'acquisition de celle-ci en sa personne, il est permis de réclamer la chose de tout détenteur ou possesseur, quelles que puissent être leurs pos-

[1] Voyez la note de la page 317.

sessions (*v*). En ce point le Landrecht (Droit national) s'accorde avec le droit romain.

Mais les deux droits se distinguent en ce que le droit romain n'accorde au défendeur aucune action reconventionnelle à raison des frais faits pour acquérir la possession, tandis que, d'après le Landrecht, le possesseur de bonne foi peut « réclamer le remboursement de tout ce qu'il a donné ou dépensé à ce sujet (*x*). » On ne doit entendre par là, dans la plupart des cas, ni plus ni moins que le montant du prix payé. Mais, pour faire valoir cette réclamation, il est naturellement forcé de dénoncer et de prouver son titre de possession et celui de son auteur; c'est la seule manière de faire connaître sûrement aux juges le montant de « ce qui a été donné ou dépensé. » S'il ne réussit pas à faire cette preuve, il ne peut s'assurer cet avantage, et il lui faut restituer la chose sans indemnité (*y*), absolument comme il devrait le faire d'ailleurs s'il n'avait point acquis la possession par un contrat onéreux, mais sans

(*v*) A. L. R., I, 15, § 1; I, 7, § 175.

(*x*) A. L. R., I, 15, § 25, 26. — Cette différence intentionnelle avec le droit romain a été considérée par les auteurs du Landrecht eux-mêmes comme constituant un moyen terme entre la revendication rigoureuse du droit romain, et la règle plus douce du droit allemand : La main garantit la main (note *b*). Cf. Fünfmaennerbuch (Livre des cinq auteurs), t. 2, p. 160, 161. Je ne puis accepter cette idée comme complétement exacte.

(*y*) A. L. R., I, 15, § 37.

rien débourser (*z*). — L'obligation du possesseur de dénoncer son titre de possession a donc, dans ce cas, une autre signification et une autre raison d'être que l'obligation générale exposée plus haut; elle ne se lie point ici à la supposition que la chose doive être volée ou perdue (notes *l* et *n*).

Mais la preuve de la propriété véritable est souvent fort difficile à fournir; par suite, il faut, dans beaucoup de cas, même dans presque tous, chercher un équivalent de la revendication proprement dite.

Cet équivalent est, en droit commun, l'action Publicienne; et quoique ce nom n'existe pas en droit prussien, ce droit reconnaît néanmoins une action qui se rattache complétement aux principes de la *Publiciana in rem actio* romaine (*aa*).

Dans cette action, le demandeur doit, comme en droit romain, prouver qu'il a un juste titre de possession (*bb*); rien de plus. Car la bonne foi

(*z*) A. L. R., I, 15, § 24.

(*aa*) Bornemann, t. 1, § 64, p. 271, Fünfmaennerbuch (Livre des cinq auteurs), t. 2, p. 161.

(*bb*) Il doit prouver « un meilleur droit à la possession, » « une possession préférable, » qu'il a « une prétention mieux fondée. » I, 7, § 161, 163; I, 15, § 17. Il est dit, il est vrai, I, 7, § 176, que le vrai possesseur a, contre tout autre que le propriétaire « tous les droits du propriétaire, » et, d'après les § 6, 7 (I, 7), un vrai possesseur signifie celui qui possède une chose comme sienne propre, c'est-à-dire (d'après le § 7) non comme la propriété d'un autre; ce qui semblerait être d'un caractère purement négatif. Mais des textes précédemment cités il résulte que, dans le § 176, il faut comprendre parmi les vrais possesseurs, particulièrement un possesseur vraiment titulaire (d'après le § 8, I, 7), d'où

de sa possession, qui devrait être placée à côté (cc), ne forme point un objet de preuve, étant toujours présumée (note c).

Le défendeur ne peut faire tomber cette prétention, tout comme en droit romain, qu'en alléguant et prouvant de son côté un droit préférable ou égal. — Le droit préférable consiste avant tout dans l'allégation et la preuve d'une véritable propriété (dd.) Hors de là les prétentions des deux parties ont une égale force; il s'agit alors d'établir une cause de préférence. Si les deux parties tiennent leur droit d'un seul et même auteur, celui-là l'emporte, qui a pour lui le titre le plus ancien, joint au transport de la possession (ee). On ne dit pas quelle décision doit être admise lorsqu'ils s'appuient sur des auteurs différents; sans aucun doute on doit ici, dans le sens du Landrecht, préférer le possesseur actuel; le demandeur doit donc être repoussé. — Tous ces principes sont parfaitement conformes au droit romain.

Quand, d'après ces principes, c'est le défendeur qui succombe, et qu'il est néanmoins possesseur

il suit que l'expression du § 176 est employée d'une manière quelque peu inexacte.

(cc) A. L. R., I, 7 § 177.

(dd) A. L. R., I, 10, § 21. C'est tout à fait l'*exceptio dominii*, qui fait tomber la *Publiciana actio*, *L.* 1 *pr.*, *L.* 16, 17 *de publ.* (6, 2).

(ee) A. L. R., I, 10, § 22, 23).

de bonne foi, il a, comme dans un procès contre le vrai propriétaire, le droit de demander le remboursement du prix de vente qu'il a payé (note *x*).

Il résulte naturellement des principes que nous venons d'établir que le défendeur, pour arriver à écarter le demandeur, ou même seulement à se faire restituer ses déboursés, est toujours forcé de dénoncer et de prouver son titre de possession; cette nécessité, nous le répétons, est tout à fait différente des cas exceptionnels où il s'agit de choses volées et perdues (notes *l* et *n*).

J'ai cru devoir traiter en détail les doctrines du Landrecht sur les actions qui concernent la propriété en général. C'est par là seulement qu'il est possible de concevoir dans son ensemble la théorie tout entière, aussi bien que les questions de droit pratique isolées qui offrent une grande importance. J'arrive maintenant à l'application de cette théorie à l'objet qui nous occupe, les titres au porteur.

Si nous nous bornions à appliquer simplement les règles générales que nous venons d'indiquer, voici comment la chose se comporterait. Le propriétaire d'un titre pourrait le réclamer de tout

possesseur; le possesseur vrai titulaire, pareillement; de sorte cependant qu'il pourrait être repoussé par un défendeur ayant un droit égal. Tous deux devraient se soumettre, en cas qu'ils obtinssent gain de cause, à l'obligation de rembourser au défendeur, si celui-ci était possesseur de bonne foi, le prix d'achat du titre.

Mais ce n'est pas ainsi que se présentent les choses; nous avons au contraire affaire ici à des lois particulières toutes différentes, sur l'argent comptant et sur les titres au porteur. Nous devons maintenant en établir exactement la portée.

Pour la revendication de l'argent se présente d'abord la difficulté, qu'habituellement l'identité des pièces de monnaie revendiquées avec celles que le demandeur prétend lui appartenir, ne pourra être démontrée; cette difficulté peut cependant disparaître, si l'argent revendiqué est désigné comme renfermé dans un sac ou un autre objet déterminé (§ 67, *i*, *k*, *l*). Le Landrecht dispose que l'argent, même quand cette difficulté paraîtrait écartée, ne pourrait cependant point être revendiqué contre un possesseur de bonne foi, à l'exception du cas où il aurait acquis la possession sans rien débourser (*ff*). — Donc, en

(*ff*) A. L. R., I, 15, § 45, 46.

règle générale, la revendication de l'argent est interdite; deux cas font seuls exception : celui où la possession a été acquise de mauvaise foi, ou sans rien débourser.

A cette disposition se rattache celle qui suit, et d'après laquelle il faut appliquer aux titres au porteur absolument la même règle (*gg*).

On pourrait être tenté de voir dans cette assimilation une inconséquence, en ce que l'identité de l'argent ne s'établit que par sa corrélation avec un autre objet, tandis que pour les titres elle ne s'établit point seulement ainsi, mais qu'il est encore possible d'y arriver par l'indication des numéros (§ 64). Mais cette possibilité d'établir l'identité n'est en aucune façon proscrite quant aux titres. Nous devons, au contraire, d'après l'esprit du Landrecht, la supposer tacitement (*hh*). — En revanche, nous sommes forcés de reconnaître une autre et véritable inconséquence. Que la revendication d'une somme d'argent contre un possesseur de bonne foi soit complétement proscrite, et non pas seulement restreinte dans ses effets (comme pour les autres choses) par la restitution des déboursés, cette différence se justifie par la nature de l'argent, qui est la commune mesure de

(*gg*) A. L. R., I, 15, § 47.

(*hh*) Bornemann, t. 2, p. 177.

toute valeur; car celui qui reçoit de l'argent (comme nous le supposons ici) en compensation de ce qu'il a lui-même déboursé, par exemple comme paiement d'une créance, comme prêt, etc., a toujours donné, en échange de l'argent qu'il a reçu, exactement la même valeur; ici donc la restitution des déboursés est complétement synonyme de l'exclusion même de la revendication. — Mais cette exclusion ne se comprend plus appliquée aux titres, qui sont des marchandises, en ce sens qu'on peut les vendre au prix qu'on veut (§ 64). Ici il eût été logique d'admettre la revendication d'une manière absolue, mais (comme pour les autres choses) sous la condition de la restitution du prix d'achat au possesseur de bonne foi. Il en serait résulté la conséquence importante que le défendeur aurait dû dénoncer dans tous les cas son titre de possession (note *y*), ce qui aurait bien souvent fait tomber sa prétention à la restitution de son prix d'achat (notes *f*, *g*, *h*).

L'inconséquence que nous relevons ici ne doit pas être considérée comme une omission de la loi, mais plutôt comme une décision réfléchie et favorable à la négociation de ces titres dont il va être encore question tout à l'heure.

Dans la théorie de la revendication de ces titres, une question très-controversée est la sui-

vante, qui offre en même temps une grande importance pratique. Dans la revendication des autres choses, le possesseur peut être exceptionnellement amené à dénoncer son titre de possession, si la chose a été volée ou perdue, ou si le juge le trouve bon (notes *l*, *m*, *n*). Ces exceptions s'appliquent-elles ici? La loi elle-même n'en parle pas. Mais le point est d'autant plus important que cette dénonciation forcée du titre de possession peut conduire à reconnaître dans le défendeur un possesseur de mauvaise foi, ou imprudent, ou n'ayant rien déboursé; par suite, elle peut servir de base à la revendication contre lui, base qui eût peut-être fait défaut en l'absence de cette dénonciation.

Un auteur s'est prononcé contre cette obligation du possesseur; c'est aussi l'opinion vers laquelle paraît pencher la jurisprudence (*ii*). La raison qu'on en donne, c'est que, quand il s'agit de tous autres objets, cette obligation a pour but de faire constater l'existence d'une vraie possession dans la personne du défendeur (note *s*). Or il est inutile de faire une pareille constatation quand il s'agit de titres au porteur; car, comme pour leur transmission il n'y a pas besoin de cession, la

(*ii*) Discussion de Korb (v. plus haut note *s*), p. 453-456.

seule chose à considérer est leur détention effective, et non point la véritable possession juridique. — La raison ici alléguée me paraît tout à fait inadmissible. La dispense des formalités de la cession aurait encore pour effet de faciliter les affaires, même alors que la preuve rigoureuse de la propriété du titre pourrait être exigée. Il est vrai que cette preuve n'est point exigée, mais seulement une véritable possession qui fait présumer la propriété du titre, et en même temps le droit à la créance qu'il constate. Mais il ne faut pas aller jusqu'à dire, comme le fait une opinion très-répandue, que la possession proprement dite est elle-même inutile, et que du simple fait de la détention découle le véritable droit à la créance. Il n'est donc pas juste de conclure de la dispense de la cession à la dispense d'une véritable possession (*kk*).

Il faut, au contraire, par les raisons suivantes, affirmer que l'obligation du défendeur de dénoncer son titre de possession a lieu pour les titres au porteur, absolument sous les mêmes conditions et avec les mêmes conséquences que pour tout autre objet.

(*kk*) Tout ceci a déjà été démontré plus haut (§ 66) au point de vue du droit commun; le point de vue de Landrecht n'est pas différent sous ce rapport.

Cette obligation est exprimée dans la loi d'une manière générale, sans distinction d'objets; l'exception concernant une classe particulière d'objets doit donc être tout d'abord considérée comme arbitraire et sans fondement.

La défense d'acquérir imprudemment, spécialement d'acheter d'une personne suspecte, est regardée par la loi comme très-importante, si importante qu'elle y attache même les peines de l'amende et de l'emprisonnement. Mais cette prohibition sera presque entièrement illusoire en ce qui concerne les titres au porteur, si on n'oblige pas, en cas de vol, le possesseur à dénoncer son titre de possession; il ne s'agit que de se représenter comment les choses se passent dans la pratique des affaires. Pour la plupart des autres choses, la jouissance du possesseur est publique et manifeste à tous les yeux, si bien que, le plus souvent, le hasard seul peut très-bien faire découvrir le possesseur au propriétaire; mais les titres dont nous nous occupons, chacun a soin de les garder et de les renfermer, et de ne les exhiber le plus souvent que pour toucher les intérêts à une caisse publique. Si cependant, par ce moyen, le porteur actuel vient à être connu du propriétaire volé, ce porteur, d'après l'opinion de mes adversaires, n'éprouve aucun embarras. Fût-ce le voleur lui-

même, ou eût-il acheté du voleur en connaissance de cause, ou imprudemment, il opposera simplement au propriétaire le Landrecht, I, 7, § 179-180, et continuera à garder sans aucun trouble la possession et la jouissance du titre. — D'après l'opinion que je défends, il devra, au contraire, faire connaître son titre de possession et son auteur, et par ce moyen le vol sera très-fréquemment découvert; et s'il se trouve que le porteur a acquis la possession de bonne foi, et aussi sans aucune imprudence, il ne lui sera pas difficile de prouver cette acquisition (*ll*.)

Si l'opinion de mes adversaires était admise, elle constituerait donc en fait une faveur pour les voleurs, et ceux-mêmes qui témoignent d'une prédilection si marquée pour la circulation facile et active de ces titres ne voudront certainement pas favoriser la circulation active qui résulterait de la visite d'un voleur dans la caisse du propriétaire. — Admettons, au contraire, mon opinion. Dès lors, aucun danger, aucune inquiétude pour les honnêtes gens; car chacun sera amené à

(*ll*) Pour les titres au porteur plus que pour les autres choses en général, il arrive qu'on achète imprudemment de personnes suspectes ou beaucoup au-dessous du prix courant (notes *e*, *f*, *g*). On peut encore ajouter ici un autre cas d'imprudence : celui où une personne achète une action sans coupons, ou réciproquement, car un pareil achat est en dehors de la règle ordinaire des affaires. Eichhorn, Deutsches Recht (Droit allemand), § 191, *e*.

n'acheter les titres que de personnes connues et sûres, ce que tout homme sage a l'habitude de faire dès maintenant, et il ne manque pas de personnes de ce genre dans les endroits où ont lieu les négociations de ces titres.

Aux raisons que je viens d'exposer je veux enfin en joindre encore une autre, dont le caractère est plutôt historique. L'origine de la prescription du Landrecht que je viens de citer, sur ces titres (I, 15, § 47), se trouve dans une déclaration légale du 23 mai 1785 (*mm*).

Elle interdit la revendication de ces titres, et va même en ce point encore plus loin que le Landrecht, en ne permettant cette revendication que contre le possesseur de mauvaise foi (§ II, III, IV), et non contre les acquéreurs qui n'ont rien déboursé. Mais aussi cette déclaration fait preuve d'un juste intérêt pour le sort du propriétaire volé, ou qui a perdu la chose (*nn*.) Quand celui-ci prouve la perte

(*mm*) Imprimée dans le N. C. C. t. 7, p. 3127, dans Rabe, t. XII, p. 234, et dans le Fünfmaennerbuch (Livre des cinq auteurs), t. 2, p. 174-176. — Cette déclaration part d'une idée de faveur très-exagérée pour la circulation de ces titres. Dans l'introduction il est dit : « Avec cette circulation rapide et sans entraves, qu'exige nécessairement l'activité des affaires et des relations commerciales, *comme le motif capital de notre règlement*... » J'ai déjà essayé plus haut (§ 64) de contredire cette manière de voir.

(*nn*) § XI. « Et ces moyens facilitent autant que possible au propriétaire d'un bon hypothécaire ou d'une action détournée ou perdue par quelque accident... le recouvrement de sa propriété, » etc. C'est donc tout à fait à tort que quelques personnes soutiennent que les prescriptions qui vont suivre sont d'une nature administrative, et

devant l'autorité, et qu'un autre alors présente le titre, non-seulement le prétendu propriétaire doit en être averti, mais encore, on doit observer les mesures suivantes : « § XII. Celui qui présente le titre est obligé de faire connaître celui duquel il le tient. S'il soutient ne plus le connaître, au moins doit-il être tenu, d'après l'appréciation du juge, d'affirmer par serment sa prétendue ignorance. » C'est tout à fait dans le même sens que le § XIII ajoute qu'il faut avoir égard à la personnalité des deux parties, le prétendu propriétaire, et celui qui présente le titre, observer si par hasard l'un ne serait pas un homme connu, sûr et digne de foi, l'autre, un inconnu ou une personne suspecte.— La circonstance que ces prescriptions regardent avant tout l'autorité administrative affaiblit-elle leur force probante en faveur du parti que je défends? Non, certes, car il entre déjà directement dans l'office du juge en lui-même de protéger la propriété; il faut donc reconnaître sans difficulté que ces prescriptions le regardent aussi, même dans le cas où le doute sur la possession de ces titres se fait jour d'une autre manière que par leur présentation à l'autorité administrative.

ont trait au contrôle indispensable dans un établissement public. Il faut au contraire y voir tout particulièrement une protection juridique accordée à la propriété.

J'ajouterai que cette déclaration, abstraction faite des décisions de nos lois provinciales, n'a plus proprement force de loi, à côté du texte du Landrecht (oo) qui en est tiré; mais pour compléter le texte du Landrecht reproduit de cette déclaration, celle-ci peut certainement être utilisée, et j'y trouve un appui pour mon opinion que le porteur d'un titre volé ou perdu est obligé de dénoncer son titre de possession.

Un cas analogue, mais non identique, aux questions juridiques que je viens de traiter, s'est présenté plusieurs fois déjà en jurisprudence. Après la mort du propriétaire d'un titre, celui-ci se retrouve en la possession d'un habitant de la maison, qui affirme que le défunt le lui a donné. La jurisprudence exige à bon droit la preuve de la donation alléguée (pp).

Il ne suffirait donc pas au possesseur, pour triompher, de dénoncer son titre de possession; il n'hésitera jamais à faire cette dénonciation; mais c'est de la preuve de la sincérité de sa déclaration que dépendra la question de savoir si c'est lui, posses-

(oo) Fünfmaennerbuch (Livre des cinq auteurs), t. 2, p. 171, 177.

(pp) Entscheidungen des Obertribunals (Décisions de la haute cour), t. 11, 1846, p. 296-302. Une décision toute semblable se trouve dans un jugement de la haute cour du 26 octobre 1844 (Boehlig ·/. Leinich), que je ne connais que d'après l'acte original.

seur actuel, ou au contraire les héritiers du précédent propriétaire incontesté qui devront être reconnus propriétaires du titre.

C. Le Code autrichien a emprunté plusieurs règles à d'autres lois modernes, toutefois d'une manière incomplète, et sans les coordonner dans un ensemble harmonique.

La règle : la main garantit la main [1], s'y retrouve; elle ne protége toutefois que le possesseur qui a acquis la chose d'un dépositaire, etc., contre une somme d'argent (§ 367). — Celui qui acquiert une chose d'une personne suspecte, ou à un prix notablement inférieur, est regardé comme un possesseur de mauvaise foi (§ 368). — L'argent comptant et les titres au porteur ne peuvent être revendiqués qu'en présence de circonstances qui permettent au demandeur de prouver son droit de propriété, ou en vertu desquelles le défendeur devait savoir qu'il n'était pas fondé à s'approprier la chose (§ 371).

D. Le Code civil français ne mentionne pas spécialement la revendication des titres au porteur.

[1] Voir la note p. 309.

Mais elle est soumise au principe général, que toutes les choses mobilières (et en conséquence aussi les titres au porteur) ne peuvent être revendiquées qu'autant que le propriétaire les a perdues ou qu'elles lui ont été enlevées par vol, et cette action ne dure que trois ans (*art.* 2279).

Les autres lois modernes ne contiennent que des dispositions plus ou moins incomplètes sur cette matière (*qq*).

§ 69.

I. CONTRAT. B. PERSONNES. TITRES AU PORTEUR (suite) (ANÉANTISSEMENT)[1].

III. Anéantissement (*a*).

(*qq*) Bender, p. 335-337, p. 619, 633, 634. Goenner, § 70-72. Heimbach, Partikulaeres Privatrecht (Droit privé particulier), 1048, § 188. — Cf. aussi plus haut, § 67, *g*.

(*a*) On confond dans l'usage les expressions : Mortificirung (A. L. R., I, 16, § 126 et 130), et : Amortisation[1] (A. G. O. *Rég. gén. sur la just.*), I, 51, § 115, 118 et s. Lois prussiennes de 1819 et 1828. V. plus bas, Deutsche Wechselordnung (*Rég. sur le change en All.*, § 73); cette dernière expression est donc prédominante à l'époque actuelle · cependant il est bon de remarquer que le mot d'amortisation exprime encore une idée essentiellement différente, à savoir, l'extinction graduelle des titres de dette publique par le remboursement d'une partie de ces titres, qui sont alors anéantis[2].

[1] Voir la note p. 258.

[2] C'est cette première idée que nous exprimons par le mot amortissement.

AUTEURS :

G. Ph. de Buelow, Abhandlungen (Discussions), t. I. Brunswick, 1818, n° XVII.
Bender, p. 339-358.
Goenner, p. 73-78.
Thoel, p. 56.

Lorsque le propriétaire d'un titre au porteur en perd la possession, soit que ce titre lui soit enlevé, ou qu'il s'égare, ou qu'il soit détruit dans un incendie ou un naufrage, il se trouve placé par là dans une autre situation que le propriétaire d'un papier-monnaie qui éprouve un semblable accident. La monnaie porte sa valeur en elle-même, comme tout autre objet de propriété, et quand uu papier-monnaie s'engloutit dans la mer, la perte est aussi irréparable que dans le cas de destruction d'une monnaie métallique. Il n'en est pas ainsi des titres au porteur, qui n'ont aucune valeur en eux-mêmes, mais qui sont de simples reconnaissances, des titres destinés à prouver l'obligation (§ 64); la persistance de l'obligation est complétement indépendante de leur existence matérielle.

Il est vrai, d'ailleurs, qu'à l'établissement de ces titres, se rattache cette réserve générale, que le débiteur ne prend d'autre engagement que

celui d'effectuer le paiement entre les mains du détenteur ou porteur du titre, et qu'il entend, par ce paiement, être complétement libéré de toute obligation. Si l'on cherche à pousser cette réserve jusqu'à sa conséquence rigoureuse, il semble en résulter qu'il est complétement indifférent pour le débiteur de payer entre les mains du propriétaire ou du voleur, et qu'après la destruction du titre, il ne doit plus rien payer; il gagne par suite la somme souscrite sur le titre, puisqu'il est impossible désormais que le propriétaire se présente jamais comme porteur du titre. — Mais un examen plus sérieux montre que cette conséquence n'est ni pratiquée en fait, ni considérée comme le véritable sens de cette réserve; mais qu'au contraire le débiteur se tient prêt à garantir le propriétaire originaire contre les suites de l'accident que celui-ci a éprouvé, chaque fois qu'il peut le faire sans danger pour lui-même. En agissant ainsi, le débiteur ne se conforme pas seulement à l'intérêt général de la justice, qui doit être sacrifiée le moins possible, surtout quand il s'agit d'administrations publiques, mais encore il assure le crédit du papier qu'il a émis. Le véritable sens de la réserve mentionnée plus haut est donc simplement le suivant, à savoir, que le débiteur ne peut en aucun cas être placé dans une

situation telle qu'il doive payer deux fois à différentes personnes la somme portée sur le titre (*b*).

Le procédé qui amène ou peut amener l'anéantissement de ces titres est le suivant (*c*) : le propriétaire qui a éprouvé l'accident en fait la preuve près de l'autorité publique, chargée de l'émission de ces titres et particulièrement du paiement des intérêts.

Il faut désigner exactement les titres perdus d'après leurs numéros, etc., et attester[1] en même temps de son droit sur eux aussi bien que la perte involontairement éprouvée (*d*).

La conséquence immédiate de cette désignation consiste en ce que l'autorité marque les numéros qui lui sont déclarés, et observe particulièrement si l'on présente les coupons d'intérêts correspondant à ces numéros; quant aux conséquences ultérieures, elles peuvent être très-différentes, et, dans bien des cas, celui qui a fait la désignation devra même les considérer comme incertaines.

(*b*) Cf. plus haut § 66 à la fin.

(*c*) Je parle ici simplement de l'anéantissement des titres émis au porteur. Il peut d'ailleurs se présenter quelque chose d'analogue dans les billets souscrits au profit d'un créancier déterminé qui ne peuvent être rendus après le paiement de la dette, parce qu'ils sont perdus ou détruits; mais ici, la chose est beaucoup plus simple; elle n'offre de difficulté que pour les bons hypothécaires. Cf. A. L. R., I, 16, § 125-129. A. G. O., I, 51, § 115 et s.

(*d*) Il faut attester ces faits, non les prouver, ce qui est ici le plus souvent impossible. Cf. plus haut § 68, *l*, et Goenner, § 76.

[1] Voyez la note de la page 317.

Si ces coupons d'intérêts sont présentés pour être touchés, ils ne doivent pas être payés de suite à celui qui les présente. Le réclamant doit être informé de la présentation et de la personne du porteur, et toute l'affaire se résout en un procès entre deux parties déterminées, d'après les principes déjà exposés sur la revendication des titres (§ 67, 68).

S'il ne se révèle au contraire aucun porteur des coupons d'intérêts, et ce cas devra nécessairement se présenter si l'on suppose une destruction matérielle, l'autorité fait connaître publiquement, à plusieurs reprises, la perte déclarée avec l'indication des numéros. Et si cet avis ne produit, durant plusieurs années, aucun résultat satisfaisant, une décision judiciaire peut déclarer le titre anéanti, et, par suite, celui qui a certifié la perte recevra un autre titre de même valeur.

Cette mesure a toujours pour conséquence première d'inspirer la plus grande confiance au débiteur. La reconnaissance judiciaire de l'anéantissement empêche qu'à l'avenir un possesseur du titre perdu, demeuré inconnu jusque-là, fasse valoir sa réclamation contre le débiteur. Si cependant un pareil possesseur se présente, et prouve que des événements extraordinaires l'ont empêché de prendre connaissance de l'avis et de

se manifester, il peut, d'après les circonstances, demander une restitution, et l'affaire se résoudra encore en un procès entre les deux parties déterminées.

Les règles que nous venons d'établir sur les procédés d'anéantissement peuvent être considérées comme de droit commun, puisqu'elles résultent de la nature et de la destination des titres en question (*e*). Il faut donc les appliquer partout où l'anéantissement n'est pas absolument interdit par des lois spéciales (*f*).

Les dispositions les plus exactes sur l'anéantissement se trouvent dans la législation prussienne (*g*). Les règles exposées plus haut y sont précisées de cette manière : les avis publics doivent être continués durant six échéances d'intérêts semestriels (soit trois années). S'ils restent infructueux, il doit être adressé, en outre des avis répétés, une sommation formelle au possesseur inconnu de se révéler, sous peine de forclusion; et sitôt que deux nouvelles échéances d'in-

(*e*) Eichhorn, Deutsches Recht (Droit allemand), § 191, *e*; Mittermaier, § 274, num. VII, Thoel, § 59.

(*f*) Goenner, § 75.

(*g*) A. L. R., I, 16, § 130 ; A. G. O., I, 51, § 120-140. — Il y a encore plusieurs dispositions complémentaires ou modificatrices, en ce qui touche les Inlaendische Staatspapiere (titres d'Etat nationaux). Loi du 16 juin 1819 G. S. (*Coll. des lois* 1819, p. 157). Loi du 3 mai 1828 (G. S. 1828, p. 61).

térêts se sont écoulées, sans manifestation du possesseur, il y aura lieu de procéder à une reconnaissance judiciaire.

La perte ou le vol de lettres de change peut aussi donner lieu à une revendication ou à un anéantissement (*h*).

§ 70.

I. CONTRAT. B. PERSONNES. TITRES AU PORTEUR (suite).

Pour terminer, il nous reste à mentionner quelques cas où le caractère de titres au porteur n'est pas encore arrivé à l'état de perfection, ou bien, à l'inverse, a été effacé.

I. Dans beaucoup d'entreprises industrielles, il arrive que les versements ne sont pas exigés par l'entrepreneur en une fois, mais seulement peu à

(*h*) Droit ancien A. L. R., II, 8, § 1159-1180. — Droit moderne, Allg. Deutsche Wechselordnung (Règlement général sur le change en Allemagne) art. 73, 74. Preuszische Einführungsordnung (Règlement prussien) du 15 février 1850, § 2 (G. S. 1850, p. 53). — Il est à remarquer que dans la Wechselordnung, art. 74, l'acquisition irrégulière d'une lettre de change, par suite d'une négligence grossière, est assimilée à l'acquisition de mauvaise foi.

peu, par fractions. On délivre alors habituellement des Quittungsbogen (certificats), qui, plus tard, lorsque les versements ont été complétés, deviennent de véritables actions. Le propre de ce cas, c'est particulièrement que l'acheteur de ces certificats peut être poursuivi, comme substitué à l'obligation personnelle du premier titulaire de continuer à opérer les versements partiels (*a*).

II. Nous citerons encore le cas où une autorité publique émet des titres de créance au nom d'un créancier déterminé, toutefois sous la réserve qu'elle pourra payer à tout porteur, et que ce paiement aura pour effet de la libérer. Ces titres ont une nature quelque peu indéterminée et équivoque; il n'est pas rare de voir s'élever des procès touchant la manière dont ils doivent être traités (*b*).

III. Les titres au porteur peuvent subir une altération apparente, si, par une marque écrite qu'on y ajoute, on les met hors de la circulation. Ce résultat peut être obtenu par une marque privée du propriétaire, désireux de s'as-

(*a*) Une décision de la haute cour prussienne du 4 juin 1850 sur cette question de droit est relatée dans le Neue Preuszische Zeitung (Nouveau journal prussien (du 6 juin 1850).

(*b*) Cf. Fünfmaennerbuch (Livre des cinq auteurs), t. 2, p. 169-171.

surer contre un vol possible. — Il peut encore être obtenu par une marque émanant de l'autorité qui a émis le titre à l'origine.

En cas de marque privée, le titre ne peut plus, par une nouvelle marque privée, reprendre sa nature primitive; il faut, pour arriver à ce but, une attestation judiciaire, à la suite d'une enquête également judiciaire. — La marque publique ne peut être effacée que par une nouvelle marque émanant de la même autorité publique (*c*).

Ajoutons, avec la législation prussienne postérieure, qu'aux marques privées ne se trouve attachée aucune force vis-à-vis de l'autorité publique qui a émis le titre et en paie les intérêts; leur efficacité se restreint donc aux rapports de droit réciproques entre particuliers (*d*).

Je n'ai mentionné ici ces divers cas qu'incidemment et pour être complet, sans m'engager dans une discussion plus approfondie, qui n'eût été possible qu'en examinant spécialement chaque cas isolé. Les règles exposées plus haut sur les titres

(*c*) A. L. R., I, 15, § 47-51, dont le principe se trouve dans la déclaration de 1785 (§ 68, *mm*). — Cf. Bornemann, t. 2, p. 147; Fünfmaennerbuch (Livre des cinq auteurs), t. 2, p. 177-179.

(*d*) Loi du 16 juin 1835 (G. S. Coll. des l. 1835, p. 133). Cf. deux lois plus récentes du 4 mai 1843 (G. S. 1843, p. 177, 179).

incontestablement acquis à tout porteur, et conservant toujours ce caractère, sont tout à fait indépendantes de cette recherche accessoire, dont les objets, comparés aux titres qui nous occupent, ne nous apparaissent d'ailleurs que comme des exceptions sans importance.

§ 71.

I. CONTRAT. C. CONCLUSION. — INTERPRÉTATION.

Nous pouvons exposer ici la théorie de la conclusion des conventions obligatoires plus brièvement qu'on ne l'aurait peut-être supposé. Car les conventions en général, et en particulier les conventions obligatoires que nous allons présentement exposer, ne forment qu'une application isolée, d'une importance d'ailleurs toute spéciale, de l'idée de droit beaucoup plus générale, de manifestation de volonté (ou d'acte juridique) (*a*). J'ai déjà traité avec détails cette théorie de la manifestation de volonté dans un autre endroit, et la plus grande et la plus importante partie de la théorie de la conclusion des conventions obligatoires a été par là même exposée dans

(*a*) Système, t. 3, § 140, 141.

son entier, si bien qu'en cet endroit quelques additions suffiront pour la compléter.

Les courtes considérations qui suivent rendront ce point évident.

La conclusion d'un contrat a pour condition les faits isolés qui suivent, les mêmes absolument qu'il faut considérer dans toute manifestation de volonté (*b*), savoir : la volonté même, la manifestation de la volonté, et la concordance de la volonté avec la manifestation.

Quant à la volonté même, il y a deux points à examiner.

Son existence, qui peut devenir douteuse par suite de certains faits opposés à son efficacité, par la violence et l'erreur, et encore le dol, qui se rattache à la dernière, comme étant une erreur d'une importance particulière (*c*).

L'étendue de la volonté qui peut être modifiée par les restrictions intrinsèques suivantes : Condition, terme, modalité (*d*).

La manifestation de volonté offre à notre examen les divisions suivantes : elle peut être solennelle ou non solennelle, expresse ou tacite,

(*b*) Cf. Système, t. 3, § 114, p. 99 (p. 104 trad.).

(*c*) Système, t. 3, § 114, 115. — Nous compléterons ce point plus bas, dans la théorie de l'effet des contrats, § 81.

(*d*) Système, t. 3, § 116-129.

réelle ou feinte (e). Au sujet des contrats conclus entre personnes absentes s'élèvent des doutes et des difficultés particulières, qui ne se présentent pas à la pensée dans les autres cas de manifestations de volonté ; mais ces points ont déjà été traités à une autre occasion (f).

Enfin, à propos de la concordance indispensable de la volonté avec sa manifestation, peuvent s'élever des difficultés particulières, pour la solution desquelles il faut poser des règles déterminées; mais ces règles aussi sont communes et aux contrats, et à toutes les autres manifestations de volonté (g).

D'après ces considérations, il pourrait sembler qu'il ne subsiste aucune raison pour exposer en cet endroit, sur la conclusion des contrats, des règles propres, différentes de celles qui se rapportent aux manifestations de volonté en général. Cependant, il n'en est point du tout ainsi.

Nous avons déjà fait remarquer, dans un autre endroit, que les manifestations de volonté expri-

(e) Système, t. 3, § 130-133. La division des contrats en solennels et non solennels nécessitera seule quelques explications complémentaires, qui ne peuvent toutefois être placées en cet endroit, mais se rattachent plutôt à la théorie des effets des contrats. Cf. § 72 et s.

(f) Système, t. 8, § 371, 373. Cf. Puchta, Pandekten, § 251. et Vorlesungen (Cours publics), § 251, qui adopte en somme les règles que j'expose.

(g) Système, t. 3, § 134-139.

mées par le moyen des mots, étaient, aussi bien que les lois, susceptibles d'une interprétation souvent nécessaire (*h*). Tous ces cas d'interprétation convergent vers le but commun de faire, à la suite de notre examen, jaillir de la lettre morte la pensée vivante qu'elle recèle. Ce but de l'interprétation est également applicable à la loi (*i*), comme à toute espèce de manifestation de volonté. Pour l'interprétation à appliquer dans la plupart des cas à ces dernières, nous ne trouvons pas de principes précis. Sur ce point, même, presque toutes les explications des jurisconsultes romains ont un caractère très-général, et sont assez superficielles; elles ne vont guère plus loin dans les cas douteux que ne le nécessite l'examen consciencieux du cas isolé dont il s'agit. Les explications suivantes mettront cette assertion en lumière, et la rendront convaincante.

Les manifestations de volonté douteuses doivent s'interpréter de manière que l'opération juridique puisse autant que possible être maintenue, et non de manière qu'elle puisse être annulée (*k*) [1]. — En

(*h*) Système, t. 3, § 131, p. 244, 245 (p. 256, 257 trad.).

(*i*) Système, t. 1, chap. IV, § 32 et s.

(*k*) *L.* 80 *de V. O.* (45, 1). « Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est : commodissimum est id accipi, quo res, de qua agitur, *in tuto sit.* » *L.* 67 *de R. J.* (50, 17). *L.* 12 *de reb. dub.* (34, 5).

[1] Comp. art. 1157, C. Nap.

outre, de manière que l'acte ne conduise pas à un résultat impossible ou sans conséquences pratiques. Si, par exemple, en aliénant un esclave, on garantit qu'il est sain, ou que ce n'est pas un voleur, cette assurance ne doit pas être entendue à la lettre, puisque la fausseté du fait garanti ne conduirait alors à aucune conséquence juridique. Au contraire, on doit attacher à la garantie ce sens que l'aliénateur a voulu promettre, pour le cas où il aurait menti, une indemnité en argent (*l*). — En outre, on doit plutôt considérer l'intention démontrée, que la lettre de l'acte (*m*) [1]. — L'interprétation ne doit pas être basée sur la supposition que l'auteur de l'acte a eu en vue un cas tout à fait extraordinaire, et ne se présentant que très-rarement (*n*). — Les expressions équivoques doivent être interprétées conformément au langage du lieu ou de la région (*o*) [2].

(*l*) *L.* 31 *de evict.* (21, 2), *L.* 31 *de R. J.* (50, 17). Cf. *J.* Gothofredus sur la *L.* 31 *de R. J.*

(*m*) *L.* 219 *de V. S.* (50, 16). « ... contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit. » *L.* 3 *C. de lib. præt.* (6, 28). Il faut néanmoins, pour appliquer cette règle, supposer qu'on se trouve en présence d'un langage équivoque. *L.* 25 § 1, *L.* 69 § 3 *de leg.* 3° (32 un.).

(*n*) *L.* 64 *de R. J.* (50, 17).

(*o*) *L.* 34 *de R. J.* (50, 17) « ... id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur. » *L.* 114 *eod.*, *L.* 65 § 7 *de leg.* 3° (32 un.), *L.* 18 § 3 *de instr.* (33, 7). — Il n'est pas question, dans ces textes, de prendre en considération un droit coutumier local, mais les faits notoirement habituels : ainsi c'est spécialement le langage do-

[1] Comp. art. 1156, C. Nap.

[2] Comp. ar-. 1159, C. Nap.

Quelques décisions ont pour principe une idée générale de faveur ou de défaveur, qui détermine pour certains rapports de droit la solution des cas douteux. Ces règles ont d'ailleurs un caractère plus positif; elles ne concernent pas proprement l'interprétation elle-même. A cette classe appartiennent les cas suivants. — Quand une décision a pour objet la validité d'une dot constituée en termes équivoques, le juge doit prononcer en faveur de la dot (p). La raison en est que l'intérêt public commande de favoriser la constitution et le maintien de la dot, en vue de faciliter et de généraliser les mariages et la procréation des enfants (q). — Si l'existence juridique d'une obligation dépend d'une manifestation de volonté équivoque, on doit décider en faveur de la liberté naturelle, et plutôt contre l'obligation que pour elle (r). — Pareillement dans toute

minant du lieu ou de la région, qu'on devra prendre comme base de l'interprétation des expressions équivoques. — De plus, la référence au langage local n'exclura pas complétement les considérations tirées des locutions familières aux individus. *L.* 69 § 1 *de leg.* 3° (32 un.), *L.* 18 § 3 *de instr.* (33, 7), *L.* 7 § 2 *de supell.* (33, 10).

(p) *L.* 85 *pr. de R. J.* (50, 17). « In ambiguis pro dotibus respondere melius est. » *L.* 70 *de jur. dot.* (23, 3). — Un cas d'application de cette règle se trouve dans la *L.* 11 *de pactis dot.* (23, 4).

(q) *L.* 2 *de j. dot.* (23, 3). *L.* 1 *sol. matr.* (24, 3).

(r) Droit des obligations, t. 1, § 2, note *g.* — Voici une application de cette règle : Quand dans une obligation le montant d'une somme d'argent est fixé en termes équivoques on doit décider en faveur de la moindre somme. *L.* 34, *de R. J.* (50, 17), *L.* 9 *eod.* Cette application se rencontrerait, par exemple, si l'on avait promis un certain nombre de ducats ou de pistoles, noms par lesquels on désigne différentes sortes de monnaie de valeur inégale. Là toutefois où le lan-

contestation sur une question de liberté personnelle ou d'esclavage, on devait par faveur admettre plutôt la liberté (s).

Il se rencontre néanmoins deux espèces isolées de manifestations de volonté, particulièrement importantes et fréquentes, pour lesquelles des règles d'un caractère plus positif, et concernant l'interprétation en elle-même, sont posées dans nos sources de droit, règles pour l'établissement desquelles nous avons même déjà fait une réserve antérieurement. Ce sont les contrats et les testaments (note *h*). La réserve faite pour l'interprétation des contrats doit être vidée dès à présent, tandis que nous renverrons au droit des successions celle qui concerne les testaments.

Quand la teneur d'une convention autorise des interprétations différentes, il faut toujours que le doute soit résolu à l'avantage d'une partie, et, par suite, au préjudice de l'autre. C'est bien là l'idée des jurisconsultes romains : dès lors la question s'élève de savoir quelle partie a droit à la décision avantageuse, et quelle partie doit supporter le préjudice. Sur ce point, les règles suivantes se trouvent exposées dans nos sources de droit.

gage local aura consacré une de ces sortes de monnaie, cette décision devra l'emporter (note *o*).

(*s*) *L.* 179 *de R. J.* (50, 17).

Dans la stipulation, le préjudice tombe sur le créancier (le stipulant, celui qui interroge) *(t)* [1].

Dans les contrats de vente ou de louage, le préjudice tombe sur le vendeur ou locateur *(u)* [2].

Si l'on recherche la signification de ces règles et aussi leur raison d'être, on verra qu'il est possible d'en faire également l'application à d'autres contrats.

L'essence de toute convention obligatoire consiste dans la manifestation d'un accord de volonté sur l'objet de l'obligation. La partie qui se charge de formuler la convention s'engage par là même à rendre exactement la pensée commune; se trouve-t-il dans l'expression employée quelque ambiguïté, l'auteur de la formule en est responsable, si son cocontractant s'est trompé sur le sens, soit que l'auteur ait employé des mots ambigus dans une intention déloyale ou par négligence; il avait entre ses mains la faculté d'écarter le doute; c'est donc à son préjudice que l'interprétation doit avoir lieu.

(t) *L.* 38 § 18, *L.* 99 *pr. de V. O.* (45, 1), *L.* 26 *de reb. dub.* (34. 5).
(u) *L.* 39 *de pactis* (2, 14), *L.* 21, 33 *de contr. emt.* (18, 1). *L.* 172 *pr. de R. J.* (50, 17).

1 Comp. art. 1162 C. Nap.
2 Comp. art. 1602 C. Nap.

Cette raison de décider est donnée expressément quant à la stipulation (*v*), et dans ce cas elle est évidemment juste, puisque la question était toujours conçue par l'interrogateur d'après son libre jugement, tandis que la réponse du cocontractant dépendait entièrement de la teneur de la demande et devait y correspondre (*w*). Ce point est particulièrement évident quand la forme écrite, très-usitée dans les derniers temps, mettait sous les yeux la teneur de la stipulation orale qui avait précédé (§ 73, *h*).

Cette raison est encore mentionnée pour l'interprétation désavantageuse au vendeur et au locateur (*x*); mais son exactitude est ici moins évidente, car ces contrats ne sont assujétis à aucune forme déterminée; les termes peuvent donc émaner, suivant les cas, tantôt de l'une, tantôt de l'autre partie. Cependant, pour établir la règle, on suppose le cas ordinaire, celui où la chose est offerte en vente ou en location. Dans ce cas, toute l'opération émane du vendeur ou du locateur; en

(*v*) *L.* 99 *pr. de V. O.* (45, 1) « ..... ac fere secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit, verba late concipere. »

(*w*) § 1 *J. de V. O.* (3, 15).

(*x*) *L.* 39 *de pactis* (2, 14). « Veteribus placuit pactionem obscuram, vel ambiguam venditori et cui locavit, nocere, *in quorum fuit potestate legem apertius conscribere.* » *L.* 21 *de cont. emt.* (18, 1). « ... obscuritatem pacti nocere... venditori *qui id dixerit... quia potuit re integra apertius dicere.* »

outre, il connaît la chose plus exactement que son cocontractant, et le plus souvent l'ambiguïté des termes se rapportera à l'état ou à l'étendue de la chose objet du contrat (*y*). Il s'ensuit qu'il faut donner une autre décision dans les cas qui se présentent autrement. Si donc l'acheteur d'un domaine désire que l'esclave Stichus soit compris dans la vente, et qu'il se trouve sur le domaine plusieurs esclaves portant ce nom, on doit décider ici contre l'acheteur, de qui émane cette clause accessoire; en ce cas donc, à l'avantage du vendeur (*z*).

Si, du reste, on suit partout la règle que l'interprétation doit tourner contre l'auteur d'une disposition équivoque, il ressort des principes posés que cette règle ne s'applique qu'à l'interprétation des contrats. C'est seulement dans ceux-ci, en effet, que l'auteur représente la situation des deux parties, et encourt la responsabilité indiquée plus haut. Par suite, les manifestations de volonté unilatérales doivent au contraire s'in-

(*y*) *L.* 33 *de cont. emt.* (18, 1) « Cum *in lege venditionis* ita sit scriptum... tunc id accipitur quod venditori nocet : ambigua enim oratio est. » — *L.* 21 *eod.* « ... venditori *qui id dixerit* » (V. note *x*).

(*z*) *L.* 34 *pr. de contr. emt.* (18, 1). « Si *in emtione fundi* dictum sit, accedere Stichum servum... » Ici donc la clause accessoire émanait de l'acheteur, et avait été ajoutée d'après son désir, comme le montrent la suite et le développement complet du texte.

terpréter à l'avantage de l'auteur. C'est ce qui a lieu notamment quant à la formule d'action (l'*intentio*), qui doit être interprétée à l'avantage du demandeur, c'est-à-dire de l'auteur de l'acte (*aa*).

§ 72.

I. CONTRAT. D. EFFETS. — EFFETS RÉGULIERS.

Il nous faut tout d'abord fixer l'effet normal ou régulier d'un contrat, puis citer les dérogations possibles des deux parts à cette situation régulière, qui peuvent résulter d'influences extrinsèques au contrat. Celles-ci aboutissent tantôt à renforcer le contrat, tantôt à l'affaiblir.

L'effet normal du contrat a pour base le contraste déjà signalé plus haut entre les obligations pourvues et celles dépourvues d'action. C'est précisément en ce qui touche les contrats que ce contraste trouve sa plus importante et sa plus complète application, puisque les contrats donnent naissance tantôt à une *civilis*, tantôt seulement à

(*aa*) *L.* 66 *de jud.* (5, 1), *L.* 83 § 1 *de V. O.* (45, 1), *L.* 96, *L.* 172 § 1 *de R. J.* (50, 17). — Cf. J. Gothofredus, Comm. in tit. de R. J., ad *L.* 96 cit. — Une confirmation et un exemple de la règle ici exposée se trouvent dans la clause usitée dans les formules d'action : qua de re *agitur*.

une *naturalis obligatio* (*a*). Ce contraste se rattache du reste à cette autre division des conventions, également signalée plus haut, en *legitimæ et juris gentium conventiones* (*a*[1]).

L'essence de cette théorie perfectionnée entre les mains des jurisconsultes romains, et maintenue, quant à ses points fondamentaux, jusque dans la législation de Justinien, se résume dans les principes suivants (*b*).

Les *legitimæ conventiones*, dont l'essence propre a une origine purement civile, et, par suite, inconnue au *jus gentium*, peuvent, d'après leur nature, être considérées comme présentant l'efficacité la plus grande que soit susceptible de produire le *jus civile*, c'est-à-dire comme des conventions munies d'actions, des sources d'une *civilis obligatio*.

Toutes ces conventions portent en elles-mêmes un signe particulier qui sert à les faire reconnaître de suite et distinguer des autres conventions.

(*a*) Droit des obligations, t. I, § 7.

(*a* [1]) V. plus haut, § 52. Il est juste de faire remarquer, sur ce point, que cette division des contrats se rapporte à leur origine, et à l'essence intime qui s'y rattache; c'est en ce sens que la stipulation doit être forcément appelée une *legitima conventio;* dans un autre sens, notamment sous le rapport de la capacité personnelle qui permet d'y participer valablement, elle est de bonne heure devenue, au moins en grande partie, *juris gentium* (§ 52 *d* [1]).

(*b*) Cf. Puchta, Pandekten, § 250, et Vorlesungen (Cours publics), § 250.

Leur essence propre ne consiste pas, en effet, comme celle d'autres conventions isolées, dans telle disposition, tel but particulier, mais dans une forme spéciale de manifestation de volonté, compatible avec les résultats les plus divers, et pouvant donner à toute disposition arbitrairement choisie la plus complète efficacité (l'action). La nature de ces conventions ne saurait donc être mieux désignée que par l'expression de conventions solennelles, par opposition aux conventions non-solennelles, dont la nature propre et l'efficacité n'a point son principe dans la forme (mais dans le contenu même de l'acte) (*c*).

La forme dont nous parlons se rattachait aux coutumes et aux tendances nationales généralement reconnues ; elle ne s'appuyait donc pas sur les dispositions arbitraires de telle ou telle loi positive, qui n'eût pas suffi à prévenir les abus possibles (*d*). C'était une conception populaire et commune à tout Romain qui se trouvait engagé

(*c*) V. plus haut, § 52 *q*, et Système, t. 3, § 130.

(*d*) Ces dispositions se rencontrent très-fréquemment dans la législation actuelle de quelques-unes de nos provinces. Mais elles n'étaient pas même étrangères au droit romain. Dans cette classe rentre, par exemple, l'insinuation nécessaire des donations dont la valeur ne dépassait pas 500 *solidi*. *L.* 36 *C. de don.* (8, 54). De même la transaction sur des aliments accordées par acte de dernière volonté, qui ne pouvait être conclue qu'avec l'approbation du préteur. *L.* 8 *de transact.* (2, 15). — La différence intime entre ces deux sortes de formes positives de contrats est très-justement relevée par Puchta, *loc. cit.*

dans des transactions pécuniaires; ce n'était pas simplement une conception de la jurisprudence.

Mais de même que la volonté peut s'exprimer tantôt oralement, tantôt par écrit, de même ces sortes de conventions se présentaient sous une double forme : comme *verborum obligatio*, et comme *literarum obligatio*.

Autre est la nature des *legitimæ*, autre celle des *juris gentium conventiones*. Il est vrai que la complète efficacité (la faculté de produire une action) est également compatible avec celles-ci. Mais cette efficacité n'existe pas par elle-même pour ces conventions; elle doit leur venir d'un principe extérieur; et ce principe extérieur qui a besoin de s'ajouter à elles, et qui les renforce, s'appelle leur *causa*.

Je me suis exactement rattaché, dans l'exposition de cette théorie, à l'ordre d'idées d'Ulpien (*e*), dont je cite ici même les expressions décisives :

> Pr. « Juris gentium conventiones quædam actiones pariunt, quædam exceptiones. »
>
> § 1. « Quæ pariunt actiones, in suo nomine

(*e*) *L.* 7 *pr.* § 1, 2, 4 *de pactis* (2, 14). — Les textes parallèles qui suivent servent à expliquer et à confirmer ce point. *L.* 45 *eod.* « Divisionis placitum... ad actionem, ut nudum pactum, nulli prodesse poterit. » — *L.* 15 *de præscr. verb.* (19, 5) « ..... Et quidem conventio ista non est nuda,.. sed habet in se negotium aliquod. » — *L.* 21, 28 *C. de pactis* (2, 3).

non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus, ut emtio venditio. »

§ 2. « Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem... »

§ 4. « Sed cum nulla subest causa præter (f) conventionem hic constat non posse constitui obligationem. Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. »

Suivant la terminologie des textes que je viens de citer j'admets deux classes de *juris gentium conventiones* : les *contractus*, qui sont munis d'action, et les *pacta* (*nuda pacta*), qui n'engendrent pas de droit d'action, mais une simple exception. Je me réserve cependant d'établir plus exactement cette terminologie. Si nous partons de ce point de vue, la division indiquée, et la terminologie qui s'y adapte, ne touchent en rien aux *legitimæ conventiones;* celles-ci demeurent complétement en dehors de la portée de cette idée.

Mais on peut d'ailleurs choisir encore un autre point de vue plus général, et, partant de l'idée

(f) Des raisons intrinsèques donnent la supériorité à la leçon d'Haloander *præter* sur la leçon florentine *propter*; en effet le sens est le suivant : s'il n'existe rien que la simple idée de *conventio*, si donc il ne s'y ajoute pas de *causa* (cum nulla subest causa *præter* conventionem). Ce n'est qu'une autre manière de désigner une *nuda pactio*. Sur les opinions des auteurs touchant cette leçon, cf. Schulting, Notæ in Dig., t. 1, p. 330.

abstraite de conventions, rassembler toutes celles qui sont pourvues d'action. Il s'en trouve quatre classes : re, verbis, literis, consensu. C'est là, pour passer en revue le côté pratique du droit, le point de vue le plus commode ; aussi le trouvons-nous adopté dans Gaius et dans les Institutes de Justinien (g). On laisse ainsi complétement de côté la distinction des *legitimæ* et *juris gentium conventiones*, et ces deux classes se confondent l'une avec l'autre.

Je vais maintenant essayer de pénétrer dans ses détails la théorie conforme à l'idée d'Ulpien.

La *causa*, grâce à laquelle la convention sort de la classe des simples *pacta* pour entrer dans celle des *contractus*, et acquérir par suite la capacité d'engendrer une *civilis obligatio* (une action), peut être *res* ou *consensus*.

On appelle *re contracta obligatio* la convention qui se conclut par suite de la tradition originaire d'une chose, et par laquelle celui qui reçoit s'oblige à restituer ce qu'il a reçu. Partie d'après la nature différente de l'objet, partie d'après le

(g) Gaius, Lib. 3, § 89. Inst., Lib. 3. tit. 12, Puchta, *loc. cit.* se rallie simplement, sans plus d'observations, à ce point de vue.

but de la tradition et de la réception, cette classe se décompose en quatre cas isolés comme il suit :

1. *Mutui datio*. Elle consiste dans la tradition d'une certaine quantité de choses de consommation, avec transport de la propriété, sous l'obligation de restituer la même quantité de choses de même espèce, mais non pas les mêmes corps certains (*h*).

2. *Commodatum*. Remise d'un corps certain pour en faire usage, sous l'obligation de restituer ce même corps certain.

3. *Depositum*.

4. *Pignus*. Ces deux cas ont de commun avec le *commodatum*, la tradition comme condition d'un contrat muni d'action, et l'obligation de restituer le même corps certain. Ils s'en distinguent par le but de la tradition et de la réception. Ce but n'est autre, dans le commodat, que l'usage de la chose par celui qui la reçoit; dans le dépôt,

(*h*) Gaïus, Lib. 3, § 90, n'indique que ce seul cas, mais c'est uniquement par forme d'exemple (« *velut* mutui datione »), et non pas pour nier ou pour révoquer en doute les trois autres cas. Ulpien (*L*. 7 § 1 *de pactis*) n'indique pas ce cas et encore moins le *pignus*; mais il ne veut donner que des exemples. Le titre des Institutes *quibus modis re* (3, 14) énumère parfaitement les quatre cas. — De plus, il faut considérer qu'ici Gaius classe les obligations moins d'après leurs sources que d'après les actions qu'elles produisent. Aussi ne prend-il des *res*, *verba* et *litteræ*, que les cas de conditions, auxquelles il ajoute la *cond. indebiti*. Mais il n'est pas dit pour cela que le point de vue qui sert de base à la classification des Institutes n'était pas familier déjà aux anciens jurisconsultes.

la garde de la chose dans l'intérêt de celui qui la donne; dans le *pignus*, la garantie fournie à celui qui reçoit la chose, de l'accomplissement d'une autre obligation.

On appelle *consensu contracta obligatio* la convention à laquelle il suffit de sa seule existence pour produire une action, sans qu'il soit besoin d'ajouter une *causa* extrinsèque. A cette classe appartiennent quatre cas distincts, reconnus de toute antiquité par le *jus civile*, et par suite à considérer, si nous les rapprochons du principe établi plus haut de la *causa* nécessaire, comme des cas privilégiés, ou comme des exceptions au principe. Ce sont les contrats suivants (*i*) :

1. Emtio, venditio;
2. Locatio, conductio;
3. Societas;
4. Mandatum.

A l'aperçu que nous venons de donner de toutes les conventions munies d'action se rattache naturellement la question de savoir lesquelles d'entre ces conventions étaient protégées par des *stricti juris actiones* (*condictiones*), lesquelles par des *bonæ fidei actiones*. Je n'ai ici qu'à rappeler

(*i*) *L.* 2 *pr.* § 1 *de O. et A.* (44, 7), Gaius, Lib. 3, § 135, *pr.* § 1, *J., de obl. quæ ex cons.* (3, 22).

sur ce point la doctrine que j'ai exposée en détail à un autre endroit.

Toutes les *legitimæ conventiones* engendrent des condictions (*k*).

Presque toutes les *juris gentium conventiones*, pourvu, bien entendu, qu'elles soient munies d'action, engendrent des *bonæ fidei actiones* (*l*), à savoir toutes, à la seule exception du prêt, à la nature propre duquel se relie indissolublement la naissance d'une condiction (*m*).

Mais ce serait une méprise complète, que de concevoir l'énumération des huit espèces de *juris gentium conventiones* que nous venons de citer, de manière que tout autre cas dût forcément rester sans action. De tout temps il n'a tenu qu'à la volonté des parties de donner à leur convention la forme d'une convention solennelle (une *legitima conventio*). Par ce moyen, la convention devenait d'elle-même pourvue d'action, et même d'une *stricti juris actio*. Le sens de la règle est donc que, dans les cas qui rentrent dans ces huit

(*k*) Système, t. 5, Appendice XIII, Num. XI, App. XIV, Num. IX, X.

(*l*) Système, t. 5, App. XIII, Num. XII.

(*m*) Système, t. 5, App. XIV, Num. IV, V.

espèces, une telle forme n'était pas nécessaire, puisque sans elle, et sous leur seule forme de conventions non solennelles, ils étaient déjà pourvus d'action. Cependant, il était parfaitement loisible aux parties, si elles le trouvaient bon, de choisir, même pour ces cas, la forme d'une *legitima conventio*, dont la nature juridique devait régler alors toute l'opération. Ce procédé demande toutefois à être examiné plus exactement.

Lorsqu'on rattachait *in continenti* à un prêt une stipulation, il ne naissait pas deux obligations indépendantes l'une de l'autre, et produisant chacune leur effet. Au contraire, il n'y avait là rien qu'une stipulation qui formait le seul contrat efficace (*n*). Si cependant la stipulation en elle-même, par suite d'un vice de forme, était nulle, le prêt restait alors valable et efficace (*o*). Il faut soigneusement distinguer ce cas de l'extinction d'une obligation contractuelle par une stipulation postérieure, c'est-à-dire de la novation (*p*). — Les autres contrats pouvaient aussi, d'une

(*n*) *L.* 6 § 1 *de nov.* (46, 2). « unus contractus est. » *L.* 126 § 2 *de V. O.* (45, 1). « nam quotiens pecuniam mutuam dantes, eamdam stipulamur, non duæ obligationes nascuntur, sed una verborum, » c'est en ce sens qu'il faut expliquer les textes moins clairs *L.* 9 § 4 *de R. C.* (12, 1), *L.* 52 *pr.* § 3 *de O. et A.* (44, 7). Cf. Savigny, Vermischte Schriften (Mélanges), t. 1, p. 259.

(*o*) *L.* 9 § 4-7, *L.* 26 *de R. C.* (12, 1), *L.* 3 *C. de contr. et comm. stip.* (8, 38).

(*p*) *L.* 7 *de nov.* (46, 2).

manière analogue, être revêtus de la forme de la stipulation, ainsi, par exemple, une vente, une société, un louage; avec cette différence que ces contrats, essentiellement bilatéraux, ne passaient pas complétement comme le prêt dans la stipulation (q), et qu'il était toujours nécessaire de placer l'une à côté de l'autre deux stipulations pour embrasser les deux moitiés du contrat bilatéral.

§ 73.

I. CONTRAT. D. EFFETS. — EFFETS RÉGULIERS (suite).

Le système que nous venons d'exposer touchant les conventions munies d'actions, peut être regardé comme la doctrine complète par elle-même de l'ancien *jus civile;* conséquemment comme un corps de droit, non pas dérivé de l'activité scientifique des anciens jurisconsultes, mais servant au contraire de base à cette activité. Il est nécessaire d'appuyer et de compléter ce système par une série de considérations historiques.

(q) *L.* 3 *de resc. vend.* (18, 5 *L.* 3 § 1 *de act. emti* (19, 1), cf. Pfordten Abhandlungen (Dissertations), p. 239, 249. — *L.* 71 *pr. pro soc.* (18, 2), *L.* 89 *de V. O.* (45, 1).

A. Verborum obligatio.

La forme générale et normale de cette convention consistait originairement dans la réunion de deux actes juridiques distincts : a. *Nexum*, pesée symbolique d'argent comptant, représentant un prêt d'argent; b. demande orale et réponse orale concordante. Le *nexum* fut aboli de bonne heure par la loi *Pœtelia;* dès lors il ne resta plus que la question et la réponse, qui se sont maintenues chez les Romains jusque dans le droit de Justinien, sous le nom de *stipulatio*, comme la forme favorite et la plus fréquente d'actes conventionnels (*a*).

Comme, dans l'exposition du droit romain actuel, la stipulation, sous forme de contrat particulier, n'existe plus, il est nécessaire de donner immédiatement un aperçu de son développement historique. On admit successivement dans son application les facilités suivantes :

1. Au lieu que, dans l'origine, la demande et la réponse ne pouvaient être exprimées qu'en langue latine, on toléra plus tard l'emploi d'une langue étrangère, même de langues différentes

(*a*) L'exposition détaillée de ces principes se trouve dans les passages suivants : Système t. 5, Appendice XIV, Num. X et Savigny, Vermischte Schriften (Mélanges), t. 2, Num. XIX, p. 404-425.

pour la demande et la réponse (*b*). Ce changement se rattache à ce que la stipulation fut rendue accessible même aux pérégrins (*c*).

2. A l'origine, on exigeait une concordance littérale entre la demande et la réponse. Plus tard, on rendit la stipulation valable et efficace, même quand la concordance se trouvait, non dans les mots, mais bien dans le sens et la teneur des phrases (*d*).

Il serait inexact de croire, comme on l'a fait, que ces changements aient été introduits par une loi de l'empereur Léon (*e*). Cette constitution n'en contient qu'une reconnaissance occasionnelle; le changement lui-même avait été réalisé bien auparavant par la nécessité pratique, et reconnu par les anciens jurisconsultes.

Il serait encore plus inexact et plus grave de penser que, par suite de tous ces changements, la stipulation avait cessé d'être un contrat solennel d'une nature toute positive. Il restait toujours, en effet, la nécessité de la présence personnelle des deux parties, avec l'interrogation et la réponse verbales (*f*); en outre, la nécessité

(*b*) § 1 *J. de V. O.* (3, 15), *L.* 1 § 6 *de V. O.* (45, 4).

(*c*) Droit des obligations, t. 1, § 6, notes *f*, *g*.

(*d*) *L.* 1 § 2, *L.* 65 § 1, *L.* 136 *pr. de V. O.* (45, 1).

(*e*). *L.* 10 *C. de contr. et comm. stip.* (8, 38). *Cf.* § 1 *J. de V. O.* (3, 15).

(*f*) § 12 *J. de inut. stip.* (3, 19).

d'accomplir l'acte de suite et sans interruption, c'est-à-dire sans l'interrompre par quelque acte étranger (*g*).

3. Une dernière facilité enfin consistait en ceci : un titre écrit, relatant une stipulation accomplie, comportait en soi la présomption rigoureuse que les formes de la stipulation avaient été fidèlement observées ; présomption qui ne pouvait être écartée que par la preuve évidente du contraire (par exemple, l'absence de l'une des parties) (*h*). Aussi était-ce par fiction que, dans la plupart des cas, on attribuait à un pareil titre toute la force d'une stipulation, et cette fiction devint jusqu'à un certain point pratique.

A cette forme générale, d'une si haute importance en droit romain, de la *verborum obligatio,* viennent se rattacher encore deux formes spéciales qui avaient trait à des actes juridiques isolés :

(*g*) *L.* 12 *pr. de duobus reis* (45, 2) *L.* 137 *pr. de V. O.* (45, 1). « Continuus actus stipulantis et promittentis esse debet : ut tamen aliquod momentum naturæ intervenire possit : et cominus responderi stipulanti oportet. Ceterum si post interrogationem aliud *occeperit*, nihil proderit, quamvis eadem die spopondisset. » Au lieu d'*occeperit*, la Florentine porte *acceperit*, un non-sens. *Occeperit* est donc une correction, mais certes la plus innocente qu'on puisse imaginer. La Vulgate porte *agere cœperit*; le sens est satisfaisant, mais la différence avec la Florentine est par trop forte. Cf. Donellus in tit. de V. O. sur la *L.* 1 § 1 et Bynkershoek obss., Lib. 2, C. 23.

(*h*) § 17 *J. de V. O.* (3, 15), § 8 *J. de fidejuss.* (3, 20). *L.* 30. *L.* 134 § 2 *de V. O.* (45, 1), *L.* 14 *C. de contr. et comm. stip.*, (8 38). Cf. Paulus, V, 7, § 2.

la *dotis dictio* et la *operarum promissio* jurée par un affranchi (*i*).

B. Literarum obligatio.

Elle avait pour base la coutume nationale, d'après laquelle chaque citoyen romain devait tenir et tenait en effet des registres domestiques généraux pour toutes ses opérations pécuniaires. En même temps que cette coutume, on vit peu à peu disparaître entièrement ce contrat solennel; et si, dans les Institutes de Justinien, la *literarum obligatio* semble encore mentionnée parmi les formes d'actes employées, cette apparence vient simplement de ce que le nom ancien est arbitrairement appliqué à une institution juridique complétement différente dans son essence (*k*).

(*i*) Cf. le Gaius Visigoth[1]. *O.* II, 9. § 3, 4, Dig. Lib. 38, tit. 1. Dans le véritable manuscrit de Gaius, les passages correspondants manquent vraisemblablement. — Même dans l'ancien droit, ces formes spéciales n'avaient plus grande importance, puisqu'il était toujours loisible, dans les mêmes cas, d'employer avec pleine efficacité la forme générale de la stipulation[2].

(*k*) Cf. Savigny, Vermischte Schriften (Mélanges), t. 1, Num. IX. — La *L.* 1 § 1 *de O. et A.* (44, 7), dit: « Obligationes ex contractu aut re contrahuntur, aut verbis, aut consensu. » Ici le quatrième cas : *aut literis*, est supprimé par suite d'une correction conforme aux vrais principes du droit de Justinien.

[1] Abrégé (epitome) des commentaires de Gaius, inséré dans le *Bréviaire d'Alaric*, ou loi donnée par Alaric, roi des Wisigoths, à ses sujets romains.

[2] Ce point est fort obscur et fort controversé; il est probable que la *dotis dictio* et la *promissio jurata operarum*, offraient quelque utilité restée inconnue. La plupart des romanistes français pensent même que le dernier contrat, mentionné expressément dans plusieurs textes du Digeste, était encore usité au temps de Justinien.

C. Re contracta obligatio.

Elle était restreinte anciennement, dans son origine, à quatre cas isolés, qui offraient cependant les signes suivants, communs aux uns et aux autres. L'obligation de restituer imposée au débiteur avait pour cause une tradition originaire de la part du créancier. En cet état de choses, il était naturel de faire de ce signe un principe abstrait, en vertu duquel tous les cas semblables ou même analogues seraient considérés comme des contracts distincts et protégés par une action civile.

En fait, cette règle fut introduite par la doctrine des anciens jurisconsultes, de manière même que les conséquences de ce signe, généralisées, ne furent plus restreintes à la simple restitution, mais purent encore s'appliquer à une dation nouvelle et originaire (*l*). De plus, la prestation originaire du créancier, comme aussi la prestation postérieure du débiteur (l'objet de l'action du contrat), put consister non-seulement dans une dation (dare), mais encore dans un fait (facere). Ainsi furent obtenues quatre classes de cas pour cette *re contracta obligatio* nouvellement formée :

Do ut des.

(*l*) Comme dans l'échange.

Do ut facias.

Facio ut des.

Facio ut facias.

Ces principes, dans leur ensemble, sont reconnus par nos sources de droit. Mais il est très-possible, et même probable, qu'ils n'atteignirent cet ensemble que par degrés et après bien des controverses (*m*).

Beaucoup de jurisconsultes modernes nomment ces contrats *contractus innominati*, nom qui ne se rencontre cependant pas dans les sources de droit (*n*).

Pour poursuivre l'exécution de ces contrats, il n'y avait pas d'action isolée, appliquée à chaque cas particulier (comme l'*actio commodati, depositi*, etc.), mais une seule action, embrassant tous les cas, sous le nom d'*actio præscriptis verbis*, ou *in factum civilis*.

Les contrats de cette espèce, avec l'action que nous venons d'indiquer, n'étaient cependant protégés que dans les cas où le système originaire

(*m*) Les attestations les plus générales se trouvent dans la *L.* 7, § 2 *de pactis* (2, 14), et dans la *L.* 5 *de præscr. verb.* (19, 5.) — Cf. aussi Système, t. 5, § 217. Note *u* et Appendice XIII. Num. XII. Note *f*.

(*n*) Le nom de *contractus incertus* se rencontre dans la *L.* 9 *de reb. cred.* (12, 1) sans qu'on puisse affirmer pourtant qu'elle s'applique déterminément aux cas ici mentionnés. La *L.* 1 § 6 *de pec. const.* (13, 5) appelle *contractus incerti* le contrat (particulièrement la stipulation) sur une *incerta quantitas*.

n'offrait aucune ressource pour obtenir une action. Ainsi, quand, par exemple, une vente ou un contrat de louage était exécuté d'un côté, il ne se transformait pas par là en une nouvelle espèce de contrat, avec une *actio præscriptis verbis;* il n'en était pas besoin, et il conservait sa nature première, à laquelle se rattachait l'*actio emti, locati,* etc. Seulement dans certains cas, où le caractère d'un contrat était douteux, l'opération étant placée sur les limites de deux contrats, et présentant par suite une nature ambiguë, on cherchait à écarter ce doute, pratiquement sans importance, en donnant l'*actio præscriptis verbis* (*o*).

D. Consensu contracta obligatio.

Son caractère essentiel consistait en ce que, dans quelques cas spéciaux, la simple convention dénuée de formes était par elle-même productrice d'action (§ 72, *i*). C'est une exception absolue à l'ancien principe, et cette exception avait été reconnue dans l'ancien système pour quatre cas spéciaux. — Elle reçut, dans la suite des temps, les extensions suivantes.

1. Un cas tout à fait isolé se présente dans l'emphytéose. On avait longtemps discuté pour savoir, non pas si cette convention était par elle-même

(*o*) *L.* 1 *pr. de æstium* (19, 3). *L.* § 1 *de præscr. verb.* (19, 5).

productrice d'action (ce qui était incontestable), mais si elle constituait une vente ou un louage. Une loi de l'empereur Zénon trancha la controverse. Elle décida que l'emphytéose ne serait considérée ni comme une vente, ni comme un louage, mais comme un contrat particulier, intermédiaire entre les deux autres (*p*).

2. Les autres extensions sont d'une nature beaucoup plus générale. Elles concernent d'abord les *pacta adjecta*. — Quand on ajoutait au contrat *bonæ fidei*, aussitôt après sa conclusion (in continenti), des engagements accessoires, étrangers à l'idée du contrat, ils n'en étaient pas moins protégés par l'action du contrat (*q*).

3. Quelques cas de simples pactes ont été munis d'action par l'édit du préteur. — A cette classe appartient la promesse de faire décider une contestation par deux autres personnes, en qualité d'arbitres (*r*); l'obligation imposée aux aubergis-

(*p*) *L.* 1 *C. de j. emph.* (4, 66) «... hoc jus tertium esse constituimus... et justum esse validumque contractum... » — § 3 *J. de loc.* (3, 24). «... lex Zenoniana lata est, quæ emphyteuseos contractus propriam statuit naturam... »

(*q*) *L.* 7 § 5, 6, *de pactis* (2 14), *L.* 13 *C. eod.* (2, 3), *L.* 27 *de R. J.* (50, 17). — Une extension analogue des *pacta adjecta* se rencontre également, bien qu'elle y ait pénétré par une autre voie, dans la stipulation et dans plusieurs autres contrats *stricti juris*. Cf. Système, t. 6, § 268.

(*r*) *L.* 3 § 1, *L.* 15, *L.* 32 § 12 *de receptis* (4, 8). — Encore les expressions de ces textes laissent-elles dans le doute le point de savoir s'il s'agissait d'une action proprement dite (du *jus ordinarium*) ou au contraire d'une contrainte prétorienne *extra ordinem* opérant, par exemple, au moyen de *mulcta*. *L.* 32 *cit.*

tes, voituriers et patrons de navires de répondre des objets à eux confiés (s); — enfin, et c'est le cas le plus général et le plus important, la promesse non solennelle de répondre d'une dette quelconque, soit du promettant même, soit d'un tiers, eût-elle été jusqu'alors dénuée d'action (constitutum) (t). Les auteurs modernes appellent ces conventions *pacta prætoria* (u).

4. D'autres cas de simples pactes ont été munis d'action par les constitutions impériales. Les jurisconsultes modernes leur ont à tort appliqué l'expression de *pacta legitima* (§ 52, i). — A cette classe appartiennent la promesse de donation non solennelle (v); — la promesse non solennelle de dot (w).

Les classes de conventions que nous venons de mentionner en dernier lieu avaient donc la nature des anciennes *consensu contractæ obligationes*, dont elles formaient de simples extensions. Si nos

(s) Dig. Lib. 4, tit. 9.

(t) Dig. Lib. 13, tit. 5. L'importance pratique du *constitutum*, mis en regard de la stipulation, consistait en ce qu'il pouvait intervenir entre absents par un échange de lettres, et présentait par suite de grandes facilités pour les affaires commerciales de Rome avec l'Italie et les provinces.

(u) C'est à tort que plusieurs personnes y rangent le *pactum hypothecæ*. Il est vrai qu'une convention d'hypothèque non solennelle engendre une *in rem actio* sur l'objet engagé (l'*hypothecaria actio*. *L.* 4, *L.* 23 § 1 *de pign.* (20. 1), mais il n'en dérive aucune obligation contre qui que ce soit.

(v) *L.* 35 § 5 *C. de don.* (8, 54). combinée avec *L.* 36 § 3 *C. eod.* — § 2 *J. de don.* (2, 7), *Nov.* 162, *C.* 1. — Cf. Système, t. 4, § 157, e, f.

(w) *L.* 6 *C. de dotis promiss.* (5, 11).

sources de droit ne les rangent pas parmi elles, et ne leur appliquent pas le même nom, la seule explication qu'on en puisse donner est qu'elles n'appartenaient pas au système de l'ancien *jus civile*, mais devaient l'existence à une époque postérieure et à d'autres sources (*x*).

Pour compléter ces considérations sur le développement historique des contrats, il faut encore établir plus exactement la terminologie des sources. Nous avons déjà indiqué qu'en général dans le système de l'ancien droit civil, *contractus* désignait la convention pourvue d'action; *pactum*, celle qui en était dépourvue (§ 72). Mais, au point de vue de ce système, le seul contrat qui pût être appelé pourvu d'action était la convention protégée par une action de l'ancien droit civil.

Cependant le développement historique que nous venons de présenter a conduit, dans le cours des temps, à pourvoir d'action, indépendamment de l'ancien droit civil, et en dehors des anciens *contractus*, un certain nombre de conventions. Cette

(*x*) C'étaient des *pacta*, non des *contractus*. Mais ne pouvant plus les nommer *nuda pacta*, puisqu'ils engendraient des actions, on en est arrivé à la pensée peu heureuse de les nommer *vestita pacta*. Ce nom se trouve déjà dans la Glose *item*, sur la *L.* 7 § 4 *de pactis* (2, 14).

circonstance ne changea pas l'ancienne terminologie, et les limites entre les *contractus* et le *pactum* restèrent toujours les mêmes. Il n'était donc plus possible de dire que *pactum* fût la dénomination générale des conventions dépourvues d'action. Bien au contraire, beaucoup de *pacta*, et des plus importants, avaient en fait été pourvus d'action. Mais il leur manquait une désignation collective, si bien qu'à partir de ce moment, les anciennes expressions techniques cessèrent d'être complètes et suffisantes (*y*).

Pour terminer, nous devons encore mentionner certaines exceptions à la terminologie prédominante. Nous les rencontrons çà et là dans les anciens jurisconsultes, sans que jamais elles aient été adoptées d'une manière générale.

Ainsi, dans plusieurs textes l'expression *contractus* est employée pour indiquer la source des obligations en général, y compris même les délits (*z*).

Ailleurs, nous trouvons cette extension à un

(*y*) C'est le besoin de combler cette lacune qui a amené la division des *pacta* en *nuda* et *vestita* (note *x*).

(*z*) *L.* 52 *de re jud.* (42, 1) «... ex male contractu et delicto oritur.» — L. 9 *pr. de duob. reis* (45, 2). «... sed et ceteris contractibus, veluti emptione venditione... commodato, *testamento*.... » — L. 20 *de jud.* (5, 1). — L. 15 *de don.* (39, 5). — L. 22 *de accus.* (48, 2).

moindre degré; *contractus* désigne simplement les opérations juridiques, c'est-à-dire les contrats et les quasi-contrats, mais non les délits (*aa*).

Dans d'autres textes, *contractus* a au contraire un sens plus étroit que dans le langage dominant; il ne désigne alors que les *bonæ fidei contractus*, à l'exclusion de la stipulation et du prêt (*bb*).

Dans un texte enfin, l'expression est restreinte dans des limites encore plus étroites; elle ne s'applique qu'aux *consensu contractæ obligationes* (*cc*).

Nous avons fait remarquer ici ces divergences pour être complet. Elles n'ont jamais eu d'influence sur le système dans son ensemble, ni même sur des points isolés de droit pratique.

§ 74.

1. CONTRAT. D. EFFETS RÉGULIERS (suite.)

Jusqu'ici, nous avons exposé le système des conventions tel qu'il nous apparaît dans la der-

(*aa*) L. 16 *de neg. gest.* (3, 5). — L. 23 *de R. J.* (50, 17). — Gaius, Lib. 3, § 88.

(*bb*) *L.* 31 *depos.* (16, 3). — *L.* 4, C. *de O. et A*; (4, 10).

(*cc*) L. 17 *de V. S.* (50, 16). Ce texte appartient à la théorie de l'*in integrum restitutio*; il contient les mots suivants : *actum gestum, contractum*, dont il explique le sens. Cf. *L.* 1 *quod metus* (4, 2), *L.* 2 § 1 *de cap. min.* (4, 5). L'inscription de ce dernier texte indique qu'il se rattache au précédent.

nière période de l'ancien droit civil (§ 72). Les conventions étaient alors en partie pourvues, en partie dépourvues d'action ; les unes étaient revêtues d'une complète efficacité, les autres en étaient privées. — Cette exposition a été complétée par l'énonciation des développements historiques les plus importants qui ont pris place dans ce système (§ 73).

Mais l'exposition de cette théorie ne serait ni complète ni satisfaisante encore, si la distinction mentionnée, sur laquelle elle roule tout entière, n'était accompagnée d'une recherche omise jusqu'ici, je veux dire la recherche du principe et de la signification de cette distinction. Il nous faut donc répondre encore à cette question : D'après quels principes certaines conventions sont-elles productrices d'action, et non certaines autres, alors que l'idée de convention, qui forme leur essence commune, s'observe dans toutes également ?

Cette recherche est importante et présente des difficultés qui lui sont propres. Pour la simplifier et la faciliter, nous considérerons d'abord comme écartés les développements historiques, et nous nous placerons au point de vue du droit de Justinien. Dans le même but, nous ferons encore un pas de plus, et nous élevant arbitrairement dans une

région abstraite, nous supposerons un état du droit pratique, comme il ne s'en est présenté réellement en aucun temps du droit romain. Nous admettrons qu'il n'y a que deux espèces de conventions : la convention solennelle (la stipulation), pourvue d'action, et la convention non solennelle (le *nudum pactum*), dépourvue d'action, mais toujours susceptible d'être, au gré des parties, changée en une convention solennelle, et rendue par ce moyen complétement efficace. En nous plaçant à ce point de vue arbitrairement choisi, nous ignorerons pour un moment qu'il est des *re* et *consensu contractæ obligationes* offrant déjà la plus grande importance dans l'ancien droit civil, et incontestablement productrices d'action. Mais ce que nous ignorerons ici pour un moment, nous ne le négligerons cependant pas, et nous arriverons incessamment à le reconnaître comme il convient de le faire.

A ce point de vue arbitrairement limité, posons-nous maintenant la question suivante : En quoi la stipulation est-elle supérieure au simple pacte, pour engendrer un droit d'action dénié à celui-ci, bien que les éléments généraux de la convention s'observent dans l'un comme dans l'autre (*a*) ?

(*a*) Cette question a déjà été discutée plus haut dans la théo-

Si nous examinons avec soin l'origine historique d'une convention isolée, et si nous en comparons l'idée première avec l'état de perfection final, nous trouvons souvent entre ces deux états une série d'idées équivoques et indécises. Comme évidemment le juge, appelé à se prononcer sur une convention, ne peut y rattacher d'effet (lui faire produire d'action) qu'autant qu'elle est parfaite et complète, et comme cet état peut être aisément confondu avec les états intermédiaires, le juge peut hésiter ou se méprendre. Ce serait donc un grand avantage pour la fixité du droit, que l'existence d'un signe certain, par le moyen duquel on pourrait distinguer l'évolution achevée des phases préparatoires et transitoires dont nous avons fait mention. Or, cet avantage résulte de l'application de conventions solennelles, et, par suite, au point de vue que nous avons adopté, de l'application de la stipulation romaine, comparée au simple pacte. Dans le cas de la stipulation, le juge pouvait avec certitude admettre une convention parvenue à l'état de perfection, c'est-à-dire un véritable contrat, ét lui en faire produire tous les effets.

rie générale des manifestations de volonté, dont la convention ne présente qu'une application isolée, d'une importance particulière. Cf. Système, t. 3, § 130, p. 238 (p. 249 trad.). — Il convient ici de reprendre à nouveau la question, et de pénétrer davantage dans les détails.

A cette considération s'en rattache encore une autre du même ordre. Pour qu'une bonne direction soit imprimée aux relations juridiques, il est désirable que les conventions ne soient pas conclues à la hâte, mais avec prudence, et en réfléchissant aux conséquences qui en résulteront. La nature des conventions solennelles (comme la stipulation romaine) donne précisément l'éveil à de prudentes réflexions, et conduit ainsi au résultat désiré (*b*) [1].

La convention solennelle comporte donc en soi un double avantage : premièrement, en effet, elle conduit à distinguer plus sûrement les contrats véritables, parvenus à leur perfection, d'un état simplement préliminaire ; et deuxièmement, elle provoque chez les parties les dispositions à la prudence désirable. Nous pouvons attribuer au premier avantage une nature objective ; au second, une nature subjective.

(*b*) L'avantage des conventions solennelles, que nous signalons ici, est encore mieux accentué dans les formes de l'ancien droit, qui, comme la *nexi obligatio*, présentaient une nature symbolique. Cf. Système, t. 3, p. 238 (p. 249 trad.). — Le serment est d'une nature analogue ; il n'a d'autre but que de faire sentir profondément à celui qui jure le sérieux qui s'attache à un acte religieux. — Cf. le mémoire humoristique de J. Mœser. Donc, il faudrait réimporter la stipulation romaine (Patriotische Phantasien, part. 2. p. 248, Berlin, 1776).

1 La législation française s'est inspirée de cette idée en exigeant pour le mariage des formes identiques à celles de la stipulation romaine (C. Nap., art. 75).

Ce serait tomber dans l'erreur que de concevoir l'idée qu'un sage législateur ait, en contemplation de ces avantages, inventé et prescrit législativement la convention solennelle. Il n'en est pas ainsi (c), et, l'eût-il même essayé, les avantages signalés tout à l'heure ne se fussent pas produits de la manière indiquée, au moins au même degré. Cette forme juridique s'appuyait, au contraire, sur une coutume populaire très-ancienne, et c'est parce qu'elle avait pénétré profondément dans l'esprit du peuple qu'elle pouvait servir de signe certain d'une résolution parfaite, et provoquer en même temps les idées de prudence et de sérieux désirables.

Dans tout cet examen, nous nous sommes occupés de la stipulation romaine, comme représentant la convention solennelle par excellence, et tout comme si les deux idées étaient identiques. Mais évidemment il n'en est pas ainsi; il faut au contraire considérer comme un pur hasard que les Romains aient été choisir la forme d'une demande et d'une réponse orale durant tant de siècles, pour

(c) On voit aussi d'ailleurs des prescriptions arbitraires exiger certaines formes pour certaines conventions, aussi bien dans le droit romain le plus récent que dans notre droit actuel. Cf. § 72, note *d*. Mais ces prescriptions diffèrent des contrats solennels primitifs, et par leur origine et par leur but, quoiqu'elles soient également susceptibles de produire, partiellement et à moindre degré, les avantages exposés plus haut.

en faire la base de toutes leurs affaires usuelles. En examinant encore la nature spéciale de la stipulation, nous sommes amenés à nous demander s'il ne s'y rattachait pas quelques conséquences spéciales ayant trait à l'expédition des affaires, indépendamment des avantages généraux d'une convention solennelle que nous avons exposés.

Ces conséquences spéciales offrent deux points de vue différents ; car la stipulation amène, d'une part, des avantages ; d'autre part, des inconvénients d'une espèce particulière.

Comme avantage spécial de la stipulation, on peut considérer que, dans ce contrat, la volonté concomitante des deux parties est tout à fait incontestable. Par là se trouvent écartés les doutes nombreux et graves qui peuvent s'élever, dans d'autres formes de conventions, tantôt sur l'existence de l'obligation, tantôt sur tel ou tel de ses résultats éloignés (§ 71, *f*). — De plus, on pourrait considérer comme un avantage de la stipulation, la restriction de l'influence arbitraire du préteur sur la conduite du procès, puisque la teneur de l'*intentio* devait reproduire textuellement la teneur de la stipulation (*d*).

En revanche, on doit regarder, comme un incon-

(*d*) Gaius, IV, § 53, à la fin de ce long passage.

vénient particulier à la stipulation, la circonstance qu'elle ne pouvait avoir lieu qu'entre personnes réunies en un même lieu. C'est là un très-grand obstacle à l'extension et à l'activité des transactions commerciales (*e*). Il faut y voir une conséquence digne de remarque de l'origine du droit romain, proportionné d'abord à l'étendue d'une seule cité. Ainsi s'explique le secours qu'on s'était efforcé d'obtenir, par la création et l'application fréquente du constitut, qui rendait possible à de grandes distances la conclusion des conventions productrices d'action, par échange de lettres (§ 73, *t*).

§ 75.

I. CONTRAT. D. EFFETS RÉGULIERS (suite.)

Ceux qui, convaincus par les considérations que je viens de présenter, inclineraient à accorder avec moi une grande importance à l'application des contrats solennels, pourraient aisément se laisser tromper par des exagérations, qu'il est bon de mettre en particulier sous les yeux.

(*e*) D'ailleurs, il y avait un moyen de rendre possible toute stipulation entre absents; il suffisait que le stipulant dépêchât un de ses esclaves vers son cocontractant. Mais l'incommodité et la cherté de ce procédé, surtout pour de grandes distances, frappe les yeux tout d'abord.

Même le simple pacte, la convention non solennelle du droit romain, engendre des effets positifs (*a*); c'est même l'existence d'une véritable convention (*b*), qui lui sert de base, et qui explique l'erreur par laquelle le juge, grâce aussi à la confusion avec de simples phases préparatoires (§ 74), est amené à condamner illégalement le débiteur. Or il pourrait sembler que le simple pacte lui-même, avec la *naturalis obligatio* qui en découle, ne peut être soustrait sûrement aux malentendus que par une convention solennelle, et qu'il faut considérer les principes opposés du droit romain comme une inconséquence. — A quoi il convient de répondre qu'ici le plus ou le moins est décisif. Ce ne sont pas seulement des effets moins marqués, qui distinguent la convention dépourvue d'action de celle qui en est pourvue; mais les effets de la première dépendent de circonstances tout accidentelles, tandis qu'ils dépendent entièrement, dans une convention pourvue d'action, de la volonté du créancier. Par suite, il est toujours possible au prétendu débiteur en vertu d'un simple pacte, de se soustraire, par sa prévoyance, à tout préjudice, et on pouvait ici sans danger abandonner la déci-

(*a*) Droit des obligations, t. 1, §§ 8, 9.

(*b*) L. 1 § 2 *de pactis* (2,.14) : « Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus. »

sion de l'affaire à la libre appréciation du juge.

Bien plus spécieux est le reproche d'inconséquence adressé à ces conventions que j'ai laissées de côté provisoirement dans le but de simplifier la recherche (§ 74), et à l'examen desquelles je reviens maintenant. Ce sont les *re* et *consensu contractæ obligationes* (§ 73). Elles sont tout aussi productives d'action, par conséquent aussi dangereuses pour le débiteur, que la stipulation, et pour elles la confusion entre la convention véritable et les simples phases préparatoires est à craindre, aussi bien que dans toutes les autres conventions. Elles apparaissent donc, à notre point de vue, comme de vraies exceptions à la règle, et on est porté à les considérer comme des exceptions non justifiées. Pour savoir s'il en est ainsi, le seul moyen est d'aborder l'examen des cas isolés dont il s'agit, examen auquel j'arrive maintenant.

Le reproche d'inconséquence adressé aux quatre anciens contrats réels s'écarte très-aisément (§ 73). Chez eux la gravité qui doit distinguer les résolutions prises par les deux parties est pleinement assurée, même en l'absence de toute forme particulière de manifestation de volonté, par le simple fait de la tradition et de la réception; car de ce fait ne résulte pas seulement l'existence de l'intention bien réfléchie requise pour une obligation

productrice d'action (pleinement efficace), mais même l'étendue de l'obligation, qui consiste précisément dans la restitution de l'objet reçu, et rien de plus (*c*). — Cette dernière raison ne convient d'ailleurs qu'aux quatre anciens contrats compris dans cette classe, et non aux contrats innomés, dont l'admission parmi les contrats non solennels, et cependant productifs d'action, ne semble pas justifiée au même degré que pour les premiers; car si dans l'échange, par exemple, l'existence d'une obligation se justifie suffisamment par la tradition et la réception premières, cependant la nature et l'étendue de la contre-prestation n'en restent pas moins toujours indéterminées. Aussi ces conventions nous apparaissent-elles comme mélangées de *res* et de *consensus;* et leur faculté de produire une action, en l'absence d'une stipulation, pourrait être mise en doute. Cette considération explique pourquoi on n'est arrivé que tardivement, graduellement, et avec une certaine hésitation, à reconnaître à ces conventions la faculté d'engendrer une action, en donnant enfin à la tradition et à la réception une influence capi-

(*c*) Pour bien mettre ce point en lumière il suffit de comparer le prêt et le commodat, contrats réels, avec le simple *pactum de mutuo* ou *de commodato contrahendo*, qui ne peut produire d'action qu'au moyen d'une stipulation.

tale sur la production de l'action, par analogie avec les contrats consensuels (§ 73, *l*, *m*).

La justification des contrats consensuels comme productifs d'action, même lorsqu'ils sont conclus sans aucune formalité, semble plus douteuse. Il nous faut ici pénétrer plus avant dans le détail des cas isolés.

Nous considérerons tout d'abord la vente et le louage, qui présentent l'un avec l'autre une incontestable affinité (*d*). Tous deux ont ce point de commun, qu'ils sont indispensables aux affaires de chaque jour, de chaque heure, et se présentent par suite avec les nuances les plus diverses d'étendue et d'importance. Cette particularité rendait nécessaire pour eux l'absence de toute forme incommode, qui eût été, dans la pratique des affaires, par trop gênante et même insupportable; la même raison rendait d'ailleurs une telle forme superflue. Car chacun de nous étant appelé, constamment et en toutes circonstances, à conclure ces contrats et, par suite, à en connaître les conséquences, il y a là, dans la nature spéciale de tels contrats, et jusque dans leur nom, une garantie que les parties s'engagent en connaissance de cause, circonstance qui met hors de doute le fait d'une manifestation

(*d*) *L.* 2 *locati* (19, 2).

de volonté sérieuse, tout comme nous l'avons observé plus haut (§ 74), dans les contrats solennels. — Pour bien mettre en lumière ce caractère des conventions dont nous parlons, il suffit de comparer la vente à l'échange. Ces deux opérations juridiques ont l'une avec l'autre une si grande analogie, qu'elles ne diffèrent qu'en un point qui paraît tout à fait insignifiant, à savoir, que pour la vente la contre-prestation consiste en argent; pour l'échange, en une chose autre que de l'argent. Mais il faut noter ceci, que l'importance de la vente la rend indispensable à la marche des affaires de chaque jour, au lieu que l'échange, moins nécessaire, ne se présente que beaucoup plus rarement. Aussi pouvait-on sans difficulté appliquer à l'échange les règles générales du droit, et ne point lui donner une position exceptionnelle; il ne fut donc à l'origine productif d'action que par le moyen de stipulations réciproques; plus tard il suffit de la prestation par l'une des parties, pour engendrer une action tendant à amener la contre-prestation, et l'échange fut compris dans la série des contrats innomés, déjà mentionnés.

Tout autre est la nature du mandat et de la société, que nous pouvons considérer en quelque sorte comme le second groupe des contrats consensuels. Ces contrats n'apparaissent pas, ainsi

que la vente et le louage, comme des conventions indispensables, et se représentant constamment dans la pratique journalière des affaires; mais d'autres considérations se présentent pour justifier la faculté qu'ils ont de produire action, même sans stipulation. En effet, nous voyons se présenter ici, comme l'objet le plus important d'une action, la nécessité de rendre compte, quand le fondé de pouvoirs a acquis la possession d'une chose pour le maître d'une affaire, ou l'associé pour la société, peut-être aussi quand ils ont négligé par leur faute de l'acquérir. Mais cette obligation est absolument de la nature d'une *re contracta obligatio*, d'où la production de l'action se justifie d'elle-même. Bien différente est l'obligation d'exécuter le mandat entrepris, ou de continuer une société commencée, avec ses avantages et ses risques. Cette obligation peut, d'après les circonstances, devenir très-incommode et dangereuse, et l'on pourrait hésiter à admettre à cet égard la convention non solennelle. Mais contre ces préjudices et ces périls, on est protégé par le droit régulier de se départir du contrat, qui garantit pour l'avenir chacune des parties contractantes.

Pour la justification complète des contrats réels et consensuels non-solennels, et néanmoins productifs d'action, il faut encore ajouter la considé-

ration suivante. Presque tous ces contrats (le prêt seul formant exception) étaient garantis par des *bonæ fidei actiones*. Le sens de cette règle était que la sincérité et la loyauté devaient présider à leur conclusion, et qu'ils devaient tout d'abord être placés sous la garantie des usages suivis entre honnêtes gens, usages qui, la plupart du temps, suffisaient ici sans intervention judiciaire. Dans les cas où cette garantie ne suffisait pas, — car même en toute loyauté, une différence d'opinions pouvait aisément s'élever entre les deux parties, celles-ci devaient se soumettre à la décision d'un arbitre, librement choisi par elles. Cet arbitre recevait, par le fait même de sa nomination laissée au libre choix des parties, le droit de décider d'après sa libre appréciation (*e*). Il en résultait, par conséquent, qu'il fallait lui accorder aussi la libre décision de la question de savoir si l'opération non-solennelle était restée dans les bornes d'une simple préparation, ou était devenue une convention véritable et parfaite.

Dans la justification que j'ai essayée jusqu'ici, c'est à dessein que je n'ai pas fait valoir la consi-

(*e*) Cf. Système, t. 5, § 219 et Appendice XIII, Num. XII, XIII. — *L.* 2, § 3 *de O. et A.* (44, 7). « Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo quod alterum alteri *ex bono et æquo* præstare oportet. » (de Gaius, III, 137).

dération mise en avant par plusieurs auteurs. D'après eux, ces conventions non solennelles, productrices d'actions, auraient appartenu à une époque plus récente de la formation du droit, époque où le caractère originaire et rigoureux du droit ancien n'était plus en vigueur. Si j'ai négligé cette considération, c'est que je ne la tiens pas pour fondée (*f*). Il en est autrement des conventions incontestablement de date récente, non-solennelles et pourtant productrices d'actions, que les écrivains modernes ont désignées par l'expression maladroite de *pacta vestita* (§ 73). La faculté qu'ont ces conventions de produire action, comparée avec notre principe général, sera simplement, en terminant, le sujet d'une courte observation; nous demontrerons qu'à la plupart de ces cas une justification fondée sur des raisons sérieuses ne fait pas défaut.

Les *pacta adjecta* (§ 73, *q*) sont des parties intégrantes des contrats *bonæ fidei*; il faut donc leur appliquer les mêmes règles que nous venons d'établir par rapport à cette classe de contrats.

L'action attachée au *receptum* d'un arbitre (§ 73, *r*) s'explique par cette raison qu'une promesse, qui entraîne une gêne si minime, pouvait

(*f*) Cf. Système, t. 5, § 220, et Appendice XIV, Num. XLVII.

être, jusqu'à un certain point, considérée comme l'accomplissement d'un devoir civique général.

Quant au *receptum* des aubergistes, etc. (§ 73, *s*), on cite expressément les considérations de police comme principe de l'action qui résulte d'une promesse non solennelle (même tacite) ; on ne pouvait réprimer autrement, pour la sécurité des honnêtes gens, la fourberie naturelle de cette classe d'individus (*g*).

L'action attachée au *constitutum*, également non solennel (§ 73, *t*), ne se justifie pas seulement par la nécessité pratique, vraie d'ailleurs, des affaires commerciales, mais aussi par une raison intrinsèque. Il est de l'essence de cette opération de se reporter à une obligation préexistante, qui peut être la dette d'un tiers et même une *naturalis obligatio*. De cette circonstance dérive, nous pouvons l'observer, une provocation aussi énergique aux connaissances juridiques de celui qui se constitue débiteur, que de l'attention qu'exige une forme de convention extérieure.

L'action qui sanctionne la promesse non solennelle de dot (§ 73, *w*) se justifie par la faveur qui s'étend à d'autres applications et se trouve fondée en elle-même, pour cette institution juridique,

(*g*) L. 1 § 1 *nautæ, caupones* (4, 9).

comme moyen de pousser au mariage et à la procréation des enfants (§ 71, *p*, *q*).

Mais en ce qui touche la promesse non solennelle de donation (§ 73, *v*), je ne sais aucun motif de justification acceptable, puisqu'il est difficile de trouver une convention aussi exposée aux dangers qui résultent de la légèreté et de la précipitation. S'il n'était question que de donations tout à fait insignifiantes, je pourrais encore admettre cette exception à la règle. Mais lorsque Justinien abolit la forme protectrice de l'insinuation jusqu'à la somme élevée de 500 solidi, je ne trouve point de justification pour cette exception.

§ 76.

I. CONTRAT. D. EFFETS RÉGULIERS. — DROIT ACTUEL.

Jusqu'ici nous avons exposé (§ 72-75) le système romain des conventions pourvues et dépourvues d'action, qui peut se résumer, quant à ses points essentiels, dans les principes suivants. La stipulation, en sa qualité de convention solennelle unique au temps de Justinien, était productive d'action. Quelques classes particulières de conventions même conclues sans formalités, l'étaient également. Toutes les autres conventions non solennel-

les (les *nuda pacta*) n'engendraient pas d'action. — Ce dernier principe, que les *nuda pacta* n'étaient pas productifs d'action, peut être considéré comme la base du système romain sur les conventions. Il est synonyme de la règle que la stipulation est la condition nécessaire d'une action, et les deux principes ne sont que des expressions différentes d'une seule et même idée fondamentale, si bien que chacune d'elles n'a de signification pratique que si on la complète par l'autre.

Nous avons maintenant à rechercher comment se comporte notre droit actuel, comparé au système romain.

D'après la théorie presque générale des auteurs sur le droit actuel, le système romain n'a jamais reçu d'applications dans certains états modernes, idée qu'il faut entendre en ce sens, que la stipulation romaine n'est plus employée, et que le simple pacte est aussi bien muni d'action que l'était chez les Romains la stipulation. Je veux tout d'abord mieux définir cette affirmation, avec la restriction minime qui y est apportée.

Quelques auteurs allemands seulement ont contredit cette affirmation, et soutenu la persistance actuelle du système romain (*a*); la plupart même

(*a*) Ainsi, par ex., Strauch, Dissert. Jenæ, 1666. 4, Diss. XII,

n'ont présenté cette opinion qu'incidemment, comme une sorte de paradoxe, et sans établir d'une manière précise comment peut s'appliquer actuellement le système romain. — En revanche Duarenus, l'un des plus célèbres jurisconsultes de l'école française, soutient que, de son temps, aucune convention n'avait lieu sans stipulation (*b*), et que, même entre commerçants, le simple pacte n'engendrait pas d'action (*c*). Cette singulière assertion prouve seulement que l'auteur en question était plus versé dans la connaissance des sources du droit que dans la pratique des affaires (*d*); elle a été combattue de la façon la plus positive, même pour la France, par les écrivains contemporains et postérieurs (*e*).

§ x, Müller ad Struv. syntagm. Ex. vi, § 17. — Cf. Glück, Pandekten, t. 4 § 312, note 32.

(*b*) Duarenus in tit. D. de verb. obl. à la fin de la préface ad lectorem. Op. Lucæ, 1766 f. vol. 3, p. xxx : « Argumento illud sit quod hodie *nullius contractus formula absque stipulatione concipitur*... In quam sententiam plurima gravissime dicta esse olim memini a primo Curiæ Parisiensis Præside Ægidio Magistro. »

(*c*) Duarenus in L. 7, § 4. D. *de pactis*, Opp. Vol. 1, p. 101.

(*d*) Ce qu'il y a surtout de remarquable, c'est que Duarenus affirme comme fait la persistance réelle et générale de la stipulation, dont il n'a cependant certainement pas vu l'application directe. Cette assertion s'explique peut-être par les formules de beaucoup de notaires qui, depuis le moyen âge, employaient encore sans y penser des expressions techniques romaines (comme par ex., stipulatione subnixa, etc.). Cf. Savigny, Geschichte des R. R. in Mittel alter (Histoire du D. R. au moyen âge). t. 1. § 140, t. 2, §§ 41, 66, 82, — Les expressions employées dans le passage, note *b*, indiquent qu'il avait sous les yeux des formules écrites.

(*e*) Ainsi Connanus Comm. Lib. 1, C. 6. Num. 14. « Itaque et apud nos nullum est stipulationis robur, aut certe non majus quam cujusvis nudæ pactionis, » Cf. Hamberger opusc., p. 226.

Même en reconnaissant comme incontestables les faits exposés, leur explication n'est pas sans difficulté. En effet, puisque le droit romain dans son ensemble (et non pas simplement quant à des principes choisis isolément), est considéré par tous comme la base du droit commun actuel, et que le système des conventions mentionné s'est indubitablement maintenu dans le droit de Justinien (et non pas seulement dans le droit antérieur), il faut une explication spéciale pour démontrer comment ce point important et surtout pratique du droit romain n'est plus en vigueur chez nous.

A cet égard se sont produites les différentes opinions qui suivent (*f*).

Quelques auteurs se sont mépris sur les adoucissements apportés à la forme de la stipulation dans le dernier état du droit romain, et ont cru que le caractère solennel, purement positif de la stipulation, avait été lui-même mis de côté ; par là, la stipulation aurait dégénéré en une convention non solennelle (*g*). Cette opinion a été indiquée et réfutée plus haut (§ 73, notes *b* à *h*). Elle

(*f*) Hamberger, de non usu stipulationum : Jenæ, 1714, opusc. Jenæ, 1740, p. 153-250. Glück, Pandekten, t. 4, § 312.

(*g*) Ainsi Leyser, spec. xxxix. med. 5. — Beaucoup d'auteurs, qui le réfutent, sont cités par Glück, 4, § 312, note 35.

est sans fondement, non-seulement pour le droit de Justinien, mais même pour les sources de droit contemporaines et postérieures à Justinien (*h*).

D'autres ont soutenu que le droit canon a, sur ce point important, changé le droit romain, et a par là fixé notre droit actuel (*i*). Ils se fondent sur les décisions suivantes d'un concile africain insérées dans les décrétales (*k*). Deux évêques s'étaient entendus sur la division des paroisses entre leurs diocèses, et avaient constaté cette convention par écrit. L'un d'eux traduisit son adversaire devant le concile pour refus de s'en tenir à la convention, et le concile décida que ce dernier serait contraint à exécuter la convention par des pénalités ecclésiastiques (*l*). — Deux raisons peuvent empêcher

(*h*) Paulus, V. 7 § 2 mentionne la présomption qui résulte d'un titre écrit, en faveur de l'observation exacte des formes de la stipulation. Cette présomption a été d'ailleurs étendue mal à propos dans l'interprétation, mais non pas cependant au point de mettre en danger le caractère solennel de la stipulation. — Dans la Nov. Leonis 72, on nous prémunit contre deux erreurs. Il ne faut pas, dans les conventions, donner trop de valeur aux clauses pénales, particulièrement dans le cas où le débiteur a ajouté au titre écrit le signe de la croix, on a mentionné la Trinité. Il n'y a certainement pas là assimilation entre la stipulation et la convention dénuée de formes.

(*i*) Glück, t. 4, § 312, notes 37, 38, 39, où sont également cités des auteurs d'avis contraire ; cette assertion n'a donc, en aucune façon, obtenu l'assentiment général.

(*k*) *C.* 1, x. *de pactis* (1, 35). On cite encore, il est vrai, *C.* 3, x. *eod.*; mais ce texte est conçu d'une manière très-peu précise, et doit être totalement laissé de côté.

(*l*) *C.* 1 cit. « Aut inita pacta suam obtineant firmitatem, aut conventus, si se non cohibuerit, ecclesiasticam sentiat disciplinam. Dixerunt universi : Pax servetur, pacta custodiantur. »

de considérer ce texte comme décisif dans la question qui nous occupe. D'abord, il ne parle pas de l'action judiciaire devant un juge laïque, mais bien du maintien ecclésiastique d'une convention, et d'une convention qui avait pour objet la circonscription de deux diocèses. Ensuite, le texte ne traite aucunement de la différence de la stipulation avec la convention non solennelle. D'après la teneur du texte, il faut admettre que le défendeur refusait d'exécuter le contrat, non à cause du défaut de formes, mais par simple mauvaise volonté. Le texte aurait donc pu et dû être conçu absolument tel que nous le lisons, même au cas où la convention mentionnée aurait été revêtue des formes de la stipulation.

D'autres encore, et de beaucoup les plus nombreux, ont cherché à faire dériver cette importante modification au droit romain d'une coutume allemande générale (*m*), avec cette addition que cette coutume n'aurait pas abrogé le principe romain, auparavant en vigueur chez nous, mais empêcherait qu'il ne fût suivi pratiquement en Allemagne.

C'est-à-dire que tout le concile approuva la proposition du demandeur.

(*m*) Glück, t. 4, § 312, Mittermaier, Deutsches Privatrecht (Droit privé de l'Allemagne), t. 2, § 272.

Mais contre cette invocation à une coutume allemande générale se dressent de sérieuses objections. On ne pourrait, en effet, la prouver que de deux manières : ou bien directement, en affirmant une notion juridique commune à la nation allemande, et contraire au principe romain ; ou bien indirectement, par les décisions conformes des tribunaux, dont la jurisprudence fournirait ainsi la preuve de cette notion juridique (*n*).

Plusieurs auteurs, s'appuyant sur la loyauté et l'honnêteté allemande, ont formulé la première explication d'une manière populaire et triviale, en suivant le dicton : une parole est une parole ; un homme est un homme (*o*) [1]. Pour le présenter d'une manière plus sérieuse, il faudrait apporter la preuve que ces formes restrictives des conventions auraient été de tout temps étrangères et contraires au sentiment de la nation allemande. Mais cette allégation ne peut se soutenir (*p*), et la différence avec le droit romain consiste au contraire en ce que celui-ci reconnaissait des effets décisifs à une forme de conventions persistante

(*n*) Cf. Système, t. 1, §§ 12, 18, 20.

(*o*) Glück, t. 4, § 312, p. 382, 283.

(*p*) Eichhorn, Deutsches Recht (Droit Allemand), §§ 91-93.

[1] Le sens de ce dicton, que nous traduisons littéralement, est qu'un homme d'honneur n'a qu'une parole.

et identique, dont il ne pourrait plus être question en Allemagne.

Pour être réellement en mesure de soutenir qu'un droit coutumier allemand général s'oppose invinciblement à l'admission du système de conventions romain, il faudrait supposer que ce système, c'est-à-dire la différence entre la stipulation et le simple pacte, ait pu arriver à la connaissance du peuple allemand. Or, c'est ce qu'il est impossible d'admettre pour une différence qu'une savante investigation fait seule reconnaître. Même chez une grande partie des magistrats, une notion précise de cette différence peut être considérée comme absente; on ne peut donc regarder non plus la jurisprudence comme décisive sur notre question.

Mais il faut encore, en ce qui touche la jurisprudence, tenir compte de la considération suivante. Dans la plupart des cas de la vie réelle, la circonstance qu'une convention dénuée de formes engendre une action ne saurait fournir à elle seule une raison suffisante de décision; car, pour presque toutes les conventions ordinaires de la vie, on pourrait aussi invoquer comme raison d'être l'analogie avec quelque contrat romain. Il est néanmoins une convention, et certes une très-fréquente et très-importante, qui présente un au-

tre caractère. La convention d'intérêts, accessoire à un prêt d'argent, ne pouvait se conclure chez les Romains que par stipulation, si on voulait qu'elle fût garantie par une action (q). Cette convention se présente constamment chez nous dans les transactions journalières, et jamais un tribunal n'a dû hésiter à condamner le débiteur aux intérêts promis, quoique la convention n'eût point été conclue par stipulation, mais bien sans formalité aucune. Dans ce cas donc, il est tout à fait incontestable que la différence romaine entre la stipulation et le simple pacte est proclamée par tous les tribunaux comme n'existant plus chez nous. Mais il est impossible d'accorder à ce cas complétement isolé la puissance de représenter valablement et entièrement toutes les conventions, et de l'ériger en preuve irrécusable d'un droit coutumier allemand général, contraire au système de conventions romain.

Toutefois, cette assertion qu'il existe un semblable droit coutumier contient un élément de vérité; nous allons immédiatement le faire valoir et le réduire à sa juste mesure.

(q) Cf. Système, t. 6, § 268.

§ 77.

I. CONTRAT D. EFFETS RÉGULIERS. DROIT ACTUEL (suite.)

Si donc le droit romain sur les conventions n'a été privé de sa force ni par les lois romaines plus récentes, ni par le droit canon, ni par la coutume allemande générale, dans le sens propre et véritable de ce mot, comment convient-il d'expliquer et de justifier le fait que ce système n'est plus en vigueur dans notre droit actuel, alors que le droit romain, dans son ensemble, est proclamé être la base de notre droit? La réponse à cette question ressortira des considérations suivantes (*a*).

Il ne saurait exister aucun droit positif, comme base des affaires usuelles, sans quelque forme qui puisse s'ajouter à toute convention quelle qu'elle soit, abstraction faite de sa teneur particulière, et la rendre productive d'action. C'est une pareille forme que le droit romain avait consacrée dans la stipulation, et comme nous avons, en Allema-

(*a*) S'accordent, quant aux points essentiels, avec le point de vue ici exposé : Eichhorn, Deutsches Recht (Droit allemand), § 92 ; Puchta, Pandekten, § 250, et Vorlesungen (Cours publics), § 250.

gne, adopté le droit romain dans son ensemble, et que la stipulation en est une partie capitale et essentielle, nous devons donc, d'après les dispositions des sources écrites, admettre la stipulation.

Mais le droit de la stipulation, c'est-à-dire son efficacité exclusive proprement dite, est soumis au fait de la stipulation, c'est-à-dire à son exercice réel, fondé sur la prédominance d'une coutume nationale, comme nous le voyons, en effet, chez les Romains. Une semblable coutume nationale n'existait certainement pas en Allemagne, à l'époque où le droit romain y fut introduit, ni auparavant, ni depuis; par suite, le droit de la stipulation ne pouvait trouver d'application en Allemagne. Pour tourner la difficulté, c'est-à-dire pour que, de ce côté, le droit romain écrit reçût une complète application, il eût pu venir à la pensée d'un législateur allemand d'introduire la stipulation par une loi et d'en faire la condition des conventions productrices d'action, conformément au droit romain. Cette tentative eût-elle réussi? La loi eût-elle développé une coutume nationale en harmonie avec ses prescriptions? On peut en douter; car il eût été possible qu'elle demeurât à l'état de lettre-morte. Mais cette question est sans aucun intérêt, puisqu'il est incontes-

table que jamais pareille tentative n'a été faite.

L'état de droit qui s'ensuivit doit être ainsi entendu. Nous conservâmes le principe de la stipulation productive d'action, sans sa forme propre, la demande et la réponse verbale. L'abandon de cette forme, qui s'est introduit de lui-même, a donc insensiblement converti la stipulation, entre nos mains, en un simple pacte, et nous sommes ainsi arrivés, par une nécessité irrésistible, et sans le fait du législateur, au principe : toute convention sans formalité est productive d'action. La stipulation était dès lors assimilée aux contrats consensuels et au *nudum pactum* (b).

Il y a une autre et plus courte expression du même point de vue; elle a déjà été présentée plus haut (c). La nécessité de la stipulation en règle générale, comme condition d'une action, et le refus

(b) Un trait d'une analogie frappante se retrouve dans l'établissement des servitudes. Il avait lieu régulièrement, dans l'ancien droit, par l'*in jure cessio*. Gaius, Lib. 2, § 29, 30. Ulpianus, tit. 19, § 11. — Dans le droit de Justinien, l'*in jure cessio* était devenue impossible, puisque les conditions de cette opération, qui se rattachaient soit à la constitution de la judicature, soit à la procédure ancienne, avaient disparu. C'est pourquoi on vit s'introduire de soi-même, sans l'intervention du législateur, à la place de l'*in jure cessio*, l'abstraction de cette opération, dépouillée désormais de sa forme positive et symbolique ; cette abstraction était la simple convention qu'on pouvait conclure à son gré et sans formalités dans le même but, ou en y ajoutant à volonté la forme de la stipulation, § 4 *J. de serv.* (2, 3), § 1 *J. de usufr.* (2, 4). « pactionibus et stipulationibus id efficere debet. » Ce changement important s'est accompli tacitement pour les servitudes dans leur passage de l'ancien droit aux derniers temps de l'Empire ; pour le système des conventions, dans leur passage du droit romain au droit allemand.

(c) Au commencement du § 76.

de cette même action en cas de simple pacte, forment un tout indivisible, et aussitôt que nous en retranchons la forme positive de la stipulation, la convention non solennelle devient d'elle-même productrice d'action.

C'est dans cette idée qu'il convient de reconnaître l'élément de vérité déjà signalé plus haut (à la fin du § 76), dans l'admission d'un droit coutumier allemand. On peut désigner cette coutume comme purement négative, et consistant exclusivement en ce que la forme de la stipulation ne subsiste plus dans la pratique allemande. A cette absence de forme se rattachent d'elles-mêmes toutes les conséquences juridiques indiquées.

Le résultat pratique de la théorie que nous venons d'exposer, c'est que, dans notre droit commun actuel, le simple pacte a pris la place de la stipulation romaine, et qu'il faut appliquer à la forme de la convention productrice d'action les mêmes règles que le droit romain avait posées pour la forme des contrats consensuels et des *nuda pacta* (d). Nous sommes privés par là de l'avantage que les Romains trouvaient dans la forme de la stipulation pour distinguer plus sûrement la convention

(d) § 1, 2 *J. de consensu obl.* (3, 22), *L.* 1 § 2 *de contr. emt.* (18, 1). — *L.* 2 *pr. de pactis* (2, 14).

parfaite des simples préparatifs et acheminements vers cet état (§ 74), et nous abandonnons exclusivement au juge le soin de faire cette distinction dans chaque cas particulier. Nous sommes également privés de l'influence heureuse que la forme solennelle de la stipulation pouvait exercer, en inspirant aux parties des réflexions sérieuses, et nous leur laissons le soin de se préserver elles-mêmes de tout dommage, en n'agissant qu'avec une prudente circonspection.

A ne présenter que d'un seul côté la théorie que nous venons d'exposer, on risquerait d'induire le lecteur en erreur, et de lui faire croire que, dans notre droit actuel, les formes particulières et positives de conventions ne sauraient exercer aucune influence, tandis qu'en fait, il faut leur en attribuer encore une, possible et variable, suivant les cas. Cette influence peut, en effet, dériver soit de la volonté des parties, soit de lois spéciales.

I. La volonté des parties peut rendre nécessaire pour une convention telle forme spéciale, ce qui se présente particulièrement et fréquemment dans le cas où l'on arrête que la convention sera rédigée par écrit. Ce cas peut se présenter de

deux manières. Premièrement : la convention lie immédiatement les parties, indépendamment de l'application de la forme arrêtée, si bien que celle-ci (notamment l'écrit) est seulement destinée à rendre la preuve plus facile. Deuxièmement, mais on peut aussi l'entendre en ce sens tout autre, que les parties ne veulent point se lier tout d'abord; et le complément et la force obligatoire de la convention ne seront acquis qu'autant que la forme arrêtée lui aura été appliquée. — Si les parties ont déclaré clairement quel sens et quelle valeur la forme devait avoir pour elles, cette volonté ainsi manifestée sera suivie. A défaut de cette déclaration, par exemple si la rédaction écrite est exigée sans que son but ou ses effets soient exactement définis, alors il faut donner au contrat, d'après une loi de Justinien, la seconde signification mentionnée plus haut. Les deux parties ne sont liées que du moment où la forme a été volontairement appliquée; auparavant on ne peut poursuivre ni l'exécution de la convention, ni l'accomplissement de la forme arrêtée (*e*).

Si donc deux partisans zélés du droit romain concluent une convention, mais en font dépendre la force obligatoire de l'application des formes de

(*e*) *L.* 17 *C. de fide instr.* (4, 21), *pr. J. de emt.* (3, 23).

la stipulation romaine, on ne voit pas pourquoi cet accord ne serait pas valable; il devrait même être jugé entièrement d'après la loi de Justinien citée plus haut (*f*). On cite même des droits locaux où se présente cette forme de conventions par demande verbale et réponse verbale conforme; elle est, sans aucun doute, complétement indépendante de l'imitation et de l'amour de l'antiquité (*g*). Ces cas ne rentrent pas, comme ceux mentionnés jusqu'ici, dans le domaine de la volonté privée, mais dans celui des droits coutumiers locaux.

Des doutes et des malentendus se sont fréquemment présentés touchant la convention qui a pour but la conclusion d'une autre convention (*pactum de contrahendo*). Ce qu'on appelle ainsi n'est souvent pas autre chose qu'une convention préliminaire, comprise dans les actes préparatoi-

(*f*) C'est en ce sens que la persistance actuelle de la stipulation romaine est soutenue à bon droit par Stryk, XLV, 1 § 1, et Berger, Œcon. for. Lib. 3, tit. 3, th. 1. not. 4. — Hamberger, opusc., p. 229 et s., semble ne pas vouloir admettre sa validité.

(*g*) Unterholzner, Schuldverhaeltnisse (Obligations), t. 1, § 31, p. 63 : « comme dans les mines de la haute Silésie, où le louage d'ouvrage entre le maître mineur et l'ouvrier se conclut par interrogation et acquiescement (Es-tu satisfait? Je suis satisfait)[1]. »

[1] La même coutume se retrouve en Belgique, notamment en ce qui touche le louage de service des ouvriers du Hainaut. On sait que cette province fournit à notre agriculture un supplément notable de travailleurs. Ils ne se regardent comme engagés envers le cultivateur qui les loue que lorsqu'ils ont répondu, après avoir pesé ses propositions : Je suis content.

res, qui, naturellement, ne peut avoir d'effet juridique. — Dans d'autres cas, la convention conclue est parfaite ; l'exécution en est simplement retardée : ainsi, lorsqu'une personne promet de vendre sa maison dans six mois pour telle somme dès à présent déterminée. En fait, elle est déjà vendue, et c'est seulement la tradition et le paiement du prix qui sont reportés à six mois. C'est donc un contrat de vente actuel, et point un *pactum de contrahendo*. Un vrai *pactum de contrahendo*, c'est un échange convenu, et portant sur deux maisons ou deux chevaux déterminés. Le droit romain n'accordait alors d'action qu'autant qu'une stipulation était intervenue (*h*) ou qu'une partie avait opéré sa prestation ; c'était alors l'*actio prescriptis verbis* (*i*). Le droit actuel accorde une action à chaque partie, en vertu de la promesse dénuée de forme, pour en poursuivre l'exécution (*k*). Il en est de même de la conven-

(*h*) *L.* 3 *C. de rer. perm.* (4, 64).

(*i*) *L.* 5 § 1 *de præscr. verb.* (19, 5).

(*k*) Hamberger, p. 223 opusc. — Toutefois plusieurs auteurs sont ici d'une autre opinion, en ce qu'ils admettent que chaque partie peut se départir à volonté d'une pareille convention. Ainsi, par ex., Lauterbach, de Arrha, § 69, 104 (Dissertat. vol. 1, p. 325, 338). Cette opinion est absolument illogique, et en contradiction flagrante avec le véritable sens du droit romain. Car les Romains accordaient dans ces cas l'action de la stipulation (notes *h*, *i*), et comme nous n'avons plus de stipulations, c'est sans motif aucun que nous nous priverions de la faculté de conclure ces conventions productrices d'action.

tion par laquelle on a promis de donner de l'argent en prêt (*l*).

II. Nous avons dit plus haut que non-seulement la volonté des parties, mais aussi des l o i s s p é c i a l e s, peuvent exercer une influence variée sur les formes particulières et positives des conventions. La nature de cette influence et les cas où elle se manifeste vont être maintenant l'objet de notre examen.

Une prescription de cette sorte, bien remarquable, se trouve dans une ancienne loi de l'Empire : le rescrit impérial de 1551, §§ 78, 79, qu'il faut regarder comme partie intégrante de notre droit commun allemand (*m*). D'après cette loi, la reconnaissance constatant la dette d'un chrétien envers un juif n'est valable que si elle a été reçue par le juge ordinaire du débiteur chrétien ; autrement elle est nulle (*n*).

Le cas le plus important d'une forme de convention nécessaire pour produire certains effets juridiques est celui du c o n t r a t d e c h a n g e. Ce

(*l*) *L.* 68 *de V. O.* (45, 1). Il faut toutefois que cette convention, pour avoir un résultat effectif, fixe déterminément la durée du prêt. Autrement, elle peut, même avant l'exécution, être rétractée instantanément par une notification.

(*m*) Neueste Sammlung der R. A. (Nouvelle collection des Rescrits impériaux), part. 2, p. 622.

(*n*) Dans la pratique, cette loi ne s'est pas maintenue. U n t e r h o l z n e r, Schuldverhaeltnisse (Obligations), t. 1, § 31, p. 64.

contrat est, dans beaucoup d'endroits par un véritable droit coutumier, dans d'autres par des lois locales, surtout récemment par le Règlement général du change (Allgemeine Wechsel-Ordnung) en Allemagne (*o*), subordonné à l'observation de formes écrites très-rigoureuses. Mais ce n'est point à dire que, dans les cas où ces formes n'auraient point été observées, ou l'auraient été d'une manière défectueuse, l'acte dût rester sans effet. Il pourra toujours, au contraire, conserver la valeur et l'effet d'une obligation véritable, et même productrice d'action. Seulement, il n'emportera pas les conséquences particulières au contrat de change, notamment la procédure spéciale et rapide, la contrainte par corps, et surtout la possibilité d'envelopper conjointement dans le rapport obligatoire, par un seul et même titre, au moyen de quelques mots d'écriture, plusieurs et même un grand nombre de personnes.

On doit aussi, à ce point de vue, regarder comme importantes et dignes d'être examinées, les lois de certaines provinces. Il faut ici les comparer au droit romain, et faire ainsi ressortir d'une part l'analogie, de l'autre la différence qui

(*o*) Il a été publié en Prusse dans la Gesetz-Sammlung (Collection des lois) de 1849, p. 49.

s'aperçoit entre elles et les principes romains, touchant les conventions solennelles.

D'après le Landrecht (Droit national) prussien, la règle est que les conventions non solennelles sont valables et productives d'action. Seulement, si la convention a pour objet une valeur pécuniaire au-dessus de 50 thalers [1], il exige une rédaction écrite (p). Pour beaucoup de conventions particulières, l'intervention judiciaire est nécessaire. Cette prescription d'une rédaction écrite est plus rigoureuse que la stipulation romaine, puisqu'il n'y a d'exception ni pour les contrats consensuels, ni même, d'une manière précise et générale, pour les contrats réels.

Le Code autrichien ne renferme point de prescription aussi générale que le Code prussien, mais il exige certaines formes pour plusieurs opérations particulières (q).

Les dispositions du Code civil français sont analogues à celles du droit prussien. Pour toutes les conventions ayant pour objet une valeur pécuniaire au-dessus de 150 francs, il exige un titre

(p) A. L. R (Dr. nat. gén.), part. I, tit. 5, § 131, reproduit d'un édit de 1770.

(q) Ainsi, par ex., un titre écrit est exigé pour la promesse de donation. Code Autrich., § 943.

[1] Environ 185 francs. Le thaler, ou écu de Prusse, vaut de 3 fr. 70 à 3 fr. 75.

écrit, et exclut ainsi la preuve testimoniale (*r*).

Si nous comparons ces formes prescrites par les législations modernes avec le droit romain, nous y retrouvons en grande partie les avantages que nous avons attribués plus haut à la stipulation romaine (§ 74). — D'un côté, elles offrent même plus d'avantage, en procurant une preuve facile et sûre de la convention, ce qui ne ressortait pas de la stipulation romaine. Mais, d'un autre côté, leur avantage est amoindri, en ce qu'elles ont le caractère de prescriptions arbitraires, et ne se rattachent pas, comme la stipulation romaine, à une coutume usuelle et à une notion populaire.

Mais il faut avouer surtout que le système romain est grandement préférable, en ce qu'il détermine exactement les conséquences du défaut d'emploi des formes de la stipulation, c'est-à-dire du *nudum pactum*, par le développement de la théorie de la *naturalis obligatio*, tandis que ce même cas est la plupart du temps, dans les lois modernes, laissé dans le vague et dans l'indécision.

(*r*) *Code civil, art.* [1] 1341-1348. La preuve testimoniale peut simplement servir de complément à un *commencement de preuve par écrit* [1].

[1] En français dans l'original.

§ 78.

I. CONTRAT D. EFFETS RÉGULIERS. — DROIT ACTUEL (suite.)

Au moyen de la recherche à laquelle nous venons de nous livrer sur les conventions solennelles et non solennelles, sur la stipulation romaine et sur son équivalent dans le droit actuel (§ 72-77), notre but en lui-même pourrait être considéré comme rempli. Mais il a été présenté depuis peu sur ce sujet une théorie qui s'écarte de la mienne en bien des points, et dont la défense ingénieuse et savante a rallié plus d'un suffrage (*a*). Il est donc nécessaire de faire suivre la recherche que je viens de terminer d'un appendice littéraire auquel j'arrive directement.

La théorie nouvelle que je viens d'indiquer repose sur les bases suivantes.

La stipulation, comme simple acte solennel,

(*a*) Liebe, de la Stipulation. Brunswick, 1848, § 7, 8, 29. — A cet auteur se sont plus ou moins complétement ralliés : Puchta, Pandekten, § 257, Vorlesungen (Cours publics), § 257 Institutes, t. 3, § 271, num. 4, et Gneist, die formellen Vertraege (des Conventions solennelles), deuxième partie, p. 113-230. — Rudorff, dans ses remarques sur les deux passages de Puchta, s'est déclaré contre cette théorie. De même Windscheid, Lehre von der Voraussetzung (Traité de l'hypothèse), p. 198.

peut déjà par elle-même servir de base à une action ; mais pour qu'elle ait un résultat pratique, qui consiste en ce qu'elle fait tomber un droit dans le patrimoine du créancier, il faut qu'elle soit complétée par une *causa*, c'est-à-dire par un élément juridique, qui se relie à quelque rapport du droit matériel. — Sans doute, les choses ne se passèrent pas ainsi dans le très-ancien droit, mais seulement à partir du moment où l'on négligea l'opération de pure forme, pour commencer à baser les rapports de droit sur l'élément matériel. Ce résultat fut amené en partie par les jurisconsultes, grâce au perfectionnement des condictions, en partie par le préteur au moyen de la *doli exceptio*.

Ce qui vient d'être dit du sort de la stipulation chez les Romains, il faut l'étendre complétement à la convention dénuée de formes du droit actuel; car elle a pris chez nous la place de la stipulation romaine, et conserve par suite la nature d'un acte juridique de pure forme (*b*).

Si nous nous demandons en outre en quoi peut

(*b*) Sur ce point, il est bon de comparer : Système, t. 5, § 224, note *f*. — L'extension, signalée dans le texte, de cette théorie à la convention dénuée de formes du droit actuel, m'a porté à placer dans le droit actuel le présent examen critique, quoique les partisans de cette théorie aient coutume de parler en premier lieu de la stipulation.

consister la *causa* ou l'élément juridique qui doit servir de complément à la stipulation (comme aussi à notre *nudum pactum*), nous aurons à la rechercher dans l'une des trois classes desquelles dérivent toutes les acquisitions de biens, c'est-à-dire : *donare*, *solvere*, *credere*. Toute stipulation doit donc, pour avoir pleine validité et efficacité, être conclue : *donandi causa*, *solvendi causa*, ou *credendi causa* (c).

D'abord en ce qui concerne la classification des acquisitions de biens que nous venons de présenter, elle avait déjà été tentée auparavant dans d'autres buts. Unterholzner l'a exposée en énumérant les cas de *justa causa*, où la tradition est susceptible de servir de base à la prescription (d). Puis Meyerfeld l'a utilisée pour assigner à la théorie de la donation la place qui lui appartient dans l'ensemble du système du droit (e). Enfin Liebe a eu l'idée de la faire servir de fondement et de condition de la convention solennelle, comme *causa* indispensable de la stipulation.

(c) Sur le *credere*, dans ses rapports avec la stipulation, il est bon de comparer : Système, t. 5, Appendice xiv, num. x, *b*.

(d) Unterholzner, Verjaehrungslehre (Théorie de la prescription), t. 1, § 108.

(e) Meyerfeld, die Lehre von den Schenkungen (Théorie des donations), t. 1, p. 29, 425. Cf. Système, t. 4, § 143, note *o*.

En abordant l'examen de la nouvelle théorie en question, je dois rappeler une remarque que j'ai faite il y a déjà longtemps en un autre endroit (f). Parmi les moyens les plus importants d'arriver à l'intelligence approfondie du système du droit, il faut citer la recherche et l'exposition de la corrélation intime, de l'affinité qui relient les unes aux autres les idées et les règles juridiques; cette sorte d'investigation est d'autant plus utile que, souvent, plus ces affinités sont cachées, plus elles se sont soustraites longtemps à la connaissance des jurisconsultes. D'un autre côté, il se présente assez fréquemment telle de ces affinités dont l'apparence trompeuse conduit nécessairement à l'erreur. Découvrir cette apparence, et prémunir contre elle, amènent également une intelligence exacte des principes, quoique d'une manière négative seulement.

Quant à la théorie nouvelle dont il s'agit, et dont nous allons entreprendre l'examen, nous trouvons trois points qui la rattachent à des principes vrais, incontestables, de notre système du droit, et dans chacun de ces points je crois pouvoir signaler une apparence trompeuse, de la na-

(f) Système, t. 1, Préface, p. XXXVI, XXXVII (p. XXXIV, XXXV trad.).

ture de celles que j'ai indiquées comme objet d'une recherche et d'une précaution salutaire.

I. Ulpien mentionne à propos des conventions l'existence d'une *causa* comme base et condition d'une obligation productrice d'action (*g*), et, à l'inverse, l'absence d'une *causa* comme un obstacle à la naissance d'une obligation productrice d'action (*h*). Au premier aspect, on pourrait être porté à voir dans ces décisions une confirmation directe et textuelle de la théorie dont nous nous occupons, sur la nécessité et l'efficacité d'une *causa* à côté des conventions.

J'ai déjà parlé plus haut avec détails de ces textes d'Ulpien (§ 72, *e*), en les rattachant à l'ordre d'idées suivant : D'après Ulpien, il y a deux espèces de conventions privées, au point de vue de leur origine et de leur essence intime, les *legitimæ* et les *juris gentium conventiones*. Or, il mentionne la nécessité d'une *causa* dans les textes cités pour les *juris gentium conventiones*, et seulement pour elles. D'autre part, il est bien certain que la stipulation n'est pas une *juris gentium*, mais une *legitima conventio*, dans le sens

(*g*) *L.* 7 § 2 *de pactis* (2, 14 : « Sed et si in alium contractum res non transeat, *subsit tamen causa*, elegantur Aristo Celso respondit, *esse obligationem*... »

(*h*) *L.* 7 § 4 *de pact.* (2, 14) : « *Sed cum nulla subest causa* propter (*l. præter*) conventionem, hic constat *non posse constitui obligationem*. »

déjà indiqué de cette expression technique (*i*) : Ulpien donc ne dit rien de la nécessité d'une *causa* comme complément de la stipulation ; bien plus, on peut tirer de ce texte, par un argument *a contrario*, la preuve assez claire qu'une *causa* n'était point exigée pour compléter la stipulation.

II. Un deuxième rapprochement spécieux en faveur de la nouvelle théorie se tire de l'analogie avec la tradition. Celle-ci constitue l'une des opérations les plus importantes de l'ensemble des transactions juridiques. Dans le dernier état du droit, c'est la forme la plus générale du transport volontaire de propriété ; dans l'ancien droit, elle ne servait à ce but qu'en partie (pour les *res nec mancipi*), à côté de la mancipation destinée aux *res mancipi*. Or, il est dit en plusieurs endroits qu'elle n'a d'efficacité qu'autant qu'elle se rattache à une *justa causa* (*k*). Il n'y a plus qu'un pas à

(*i*) Cf. plus haut, § 52 *d*[1], et § 72 *a*[1].

(*k*) Ulpianus, tit. 19 § 7 : « .... Harum rerum (nec mancipi) dominia ipsa traditione adprehendimus, *scilicet si ex justa causa traditæ sunt nobis.* » Gaius, lib. 2 § 20. « Itaque si tibi vestem... tradidero, sive ex venditionis causa, sive ex donationis, sive quavis alia ex causa, tua fit ea res... » *L.* 31 *pr. de adquir. rer. dom.* (41, 1) (Paulus). » Nunquam nuda traditio tranfert dominium, sed ita *si venditio aut aliqua justa causa præcesserit propter quam traditio sequeretur.* » La *venditio* étant très-certainement elle-même une *justa causa*, et ces deux choses n'offrant aucune différence entre elles, il faut, ou corriger *aliqua* par *alia qua*, ou bien entendre, sans correction, dans le même sens, le mot *aliqua*, ce qui n'est pas sans exemple. Bynkershoek, obss. v. 25. Schulting, notæ ad Digesta in L. 2, Quod cujusque univ. (3, 4).

faire pour assimiler la tradition à la stipulation, de manière que l'une comme l'autre ne fût capable de produire que par l'addition d'une *causa* les effets qui lui sont propres, à savoir : la tradition, le transport de propriété, la stipulation, la création d'une obligation.

Deux raisons différentes, indépendantes l'une de l'autre, doivent faire complétement rejeter l'argument tiré, en faveur de la théorie que nous examinons, de son analogie avec la tradition.

A. La stipulation, acte civil, n'a aucune affinité intrinsèque avec l'acte naturel qui constitue la tradition. Pour faire valoir ici une véritable analogie, il faudrait prendre la mancipation, qui est un acte civil, aussi bien que la stipulation. Ainsi, il faudrait conclure, de la *justa causa* exigée dans la mancipation, à la *justa causa* dans la stipulation; alors il pourrait être question d'un argument d'analogie. — Mais précisément, on ne mentionne pas, pour la mancipation, la nécessité d'une *justa causa*. Nous allons même citer tout à l'heure le motif en vertu duquel il ne saurait être question de la nécessité d'une *justa causa*, en ce qui touche la mancipation.

Cette raison suffit déjà pour écarter complétement la conclusion tirée, par analogie, de la *justa causa* de la tradition à la *causa* de la stipulation.

B. Mais il vient s'ajouter encore un autre motif, pour repousser cet argument d'analogie. Même quant à la tradition, la *justa causa* n'a pas la signification qu'on lui attribue ordinairement. Des auteurs modernes, en assez grand nombre, ont entendu les textes cités (note *k*), comme s'il fallait nécessairement que la tradition fût précédée d'une obligation qui s'y appliquât, ou (comme on pourrait le dire encore) que la tradition fût forcément une *solutio*. On a particulièrement invoqué, dans l'intérêt de cette interprétation, l'expression *præcesserit*, dont nous montrerons le vrai sens tout à l'heure. Mais, d'une obligation, le texte n'en dit pas un mot, et il existe des cas de tradition incontestablement efficaces, où l'on ne trouve aucune trace d'obligation. Si je mets une aumône dans la main d'un mendiant, la propriété de la pièce de monnaie est certainement transférée par tradition, et cependant on n'aperçoit aucune obligation, ni antérieure, ni postérieure. De même, quand une personne me prie de lui prêter de l'argent, et que je lui mets dans la main la somme demandée, sans m'y être préalablement engagé par une convention.

La vraie signification de la *justa causa* est plutôt la suivante : On peut, lorsqu'on fait une tradition, poursuivre des buts bien différents. On peut donner une chose en louage, en garde ou en gage, et dans

ces cas la propriété n'est certainement pas transférée (*l*). Mais on peut encore la livrer à la suite d'une vente, d'un échange, ou dans les cas déjà cités de donation ou de prêt, et dans tous ces cas il y a transport de propriété. En quoi consiste maintenant la vraie différence entre ces deux espèces de cas? Uniquement en ce que dans les derniers cas le propriétaire antérieur veut transférer sa propriété, et que, dans les premiers, il ne le veut pas. Il s'ensuit que la tradition transfère la propriété par la volonté concordante des deux parties contractantes, mais non pas sans cette volonté (*m*).

Cette décision est donnée textuellement dans un passage de Gaius, et dans un passage des Institutes, qui exigent seulement la volonté, et ne disent d'autre part pas un mot de la *justa causa* (*n*).

(*l*) Dans la plupart des textes, et sans aucune inexactitude de langage, l'expression *traditio* est appliquée au transport de la possession juridique ou de celle qui donne les interdits, et dans laquelle rentre le gage. Mais plusieurs textes l'emploient aussi en parlant du transport de la simple détention, comme dans les cas de louage et de dépôt. *L.* 20 *commod.* (13, 6), *L.* 1 § 36. 37 *de pos.* (16, 3), *L.* 31 *loc.* (19, 2).

(*m*) La tradition même est donc une véritable convention; seulement ce n'est pas une convention obligatoire, mais bien réelle; il faut la bien distinguer de la convention obligatoire (vente, échange, etc.), qui peut lui servir de base et le plus souvent lui sert de base en effet et la précède. Cf. Système, t. 3, § 140.

(*n*) *L.* 9 § 3 *de adqu. rer. dom.* (41, 1) (Gaius). «... nihil enim tam conveniens est naturali æquitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi. » — Le § 40 *J. de div. rer.* (2, 1) reproduit textuellement le texte de Gaius. Théophile a paraphrasé cette règle de droit.

Mais comment concilier ces décisions avec celles citées plus haut, qui exigent la *justa causa* à côté de la tradition (note *k*)? On pourrait croire à une divergence d'opinions entre les anciens jurisconsultes; mais il est certain qu'ici cette explication doit être rejetée; rejetée, parce que, dans les deux séries de témoignages, nous trouvons également Gaius. On pourrait dire que la *justa causa* n'est rien autre chose que l'*animus transferendi dominii*; mais on ne peut soutenir sérieusement l'exactitude de cette allégation. Voici au contraire comme il faut considérer la chose.

S'il était d'usage de dire expressément en opérant la tradition : cet acte transférera (ou ne transférera pas) la propriété, le transport (ou le non-transport) de la propriété se trouverait par cela seul, et sans qu'il fût besoin d'autre examen, décidé sûrement et complétement. Mais précisément une semblable déclaration est aussi peu usitée chez nous qu'elle l'était chez les Romains; on peut même dire qu'elle serait trop abstraite, trop théorique, pour un acte aussi naturel que la tradition. Il ne reste donc qu'un moyen de se guider avec certitude dans les cas douteux : c'est de scruter les circonstances qui environnent l'acte, l'intention, le but des parties dans l'opération juridique à laquelle correspond, comme conséquence, la tradition. C'est

là la vraie signification des mots *justa causa*; car on pourra toujours reconnaître avec certitude si l'intention des parties était dirigée vers un transport de propriété (comme dans la vente ou l'échange), ou non (comme dans le louage et le dépôt). A ce point de vue, on peut aussi justifier l'expression *præcesserit*, sans recourir nécessairement à l'idée d'une obligation, quoiqu'une obligation préexistante soit toujours le cas le plus fréquent et le plus important. Quand je fais l'aumône à un mendiant, l'intention de donner préexiste évidemment à toute manifestation, à tout acte extérieur. J'ai, moi donateur, cette intention avant de donner; et puisque cette intention, d'après sa nature, est dirigée vers le transport de la propriété, elle sert de *justa causa* à la tradition qui la suit.

De cette explicaton de la *justa causa* il résulte que les textes cités plus haut ne sont point en contradiction les uns avec les autres, mais qu'ils conçoivent seulement et indiquent l'opération à différents points de vue. Une partie de ces textes exige, pour la tradition, l'intention de transférer la propriété (note *n*), et ils expriment par là directement l'essence de l'opération. Les autres textes exigent une *justa causa* (note *k*), et ils désignent ainsi le signe extérieur de cette intention, qui se manifeste dans l'opération juridique dont la tradition est la

suite. Le véritable sens de ces deux séries de textes est donc absolument le même (*o*).

Par là s'explique encore cette circonstance que la nécessité d'une *justa causa* n'est indiquée que pour la tradition, non pour la mancipation. On l'exige dans la tradition, parce que l'intention de transférer la propriété n'y est pas, dans l'usage, exprimée textuellement. Dans la mancipation, au contraire, l'expression clairement définie de cette intention constituait précisément une partie essentielle de la formule. Il fallait que le nouvel acquéreur dît : Cette chose est dès à présent ma propriété, car je l'ai achetée avec la pièce de monnaie que voici (*p*) : il mettait alors la pièce de monnaie dans la main du précédent propriétaire, pour parfaire la vente symbolique. C'est pourquoi, dans ce cas, l'indication de la *justa causa*, d'où aurait pu résulter l'intention de transférer la propriété, aurait été tout à fait superflue.

Ainsi donc il est parfaitement clair que l'argu-

(*o*) D'autres auteurs ont déjà suivi la même voie, quant aux points essentiels, pour l'explication de la *justa causa*. Branchu, Obs. Dec. 2 C. 19.

(*p*) Gaius, Lib. 2 § 119 : « Is, qui mancipio accipit, rem tenens, ita dicit *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio, isque mihi emptus est hoc ære æneaque libra.* » Cf. Lib. 2, § 104. — On ne sait pas bien si le propriétaire antérieur formulait une réponse conforme exprimant qu'il consentait à l'aliénation ; mais c'est là un point complétement indifférent ; car sa présence et le concours qu'il prêtait à l'opération tout entière, spécialement lorsqu'il recevait le prix de vente symbolique, équivalait absolument à un consentement verbal.

ment d'analogie, tiré de la nécessité d'une *justa causa* dans la tradition, à la nécessité d'une *justa causa* dans la stipulation, repose sur une pure méprise. Dans la tradition, la *causa* était exigée, parce qu'alors, la plupart du temps, l'intention de transférer la propriété n'était pas expressément déclarée. La circonstance inverse empêchait qu'une *causa* ne fût nécessaire dans la mancipation. Or, l'analogie n'aurait exigé une *causa* dans la stipulation qu'autant que, dans la stipulation, l'intention de s'obliger n'aurait pas été textuellement exprimée, et qu'il aurait fallu la faire résulter implicitement d'une suite d'arguments et de déductions. Mais la stipulation au moyen des mots : *Centum dare spondes? Spondeo,* contient on ne peut plus expressément cette intention, et ne contient même rien autre chose. Donc la nécessité d'une *causa* ajoutée à la stipulation, comme complément positif et indispensable, serait aussi peu fondée que pour la mancipation.

III. Enfin, la théorie nouvelle trouve encore un troisième point d'appui apparent dans des règles de droit dont on ne peut nier l'exactitude et l'importance, mais qui ne fournissent pas à cette théorie un soutien plus solide que les affinités examinées jusqu'ici.

Quand la propriété est transférée volontaire-

ment, par un mode valable en lui-même (comme la mancipation, la tradition, etc.), mais que le précédent propriétaire n'a consenti à ce transport que par des motifs défectueux, spécialement par erreur, le transport, en lui-même efficace et valable, peut être attaqué et annihilé après coup par une série de conditions soigneusement élaborées (condictio indebiti, sine causa, ob causam datorum, ex injusta causa) (q). Le développement de cette théorie, d'une si grande importance pratique, ne s'est pas arrêté au cas d'aliénation de propriété; elle a fini par embrasser également toutes les autres opérations qui ont pour but de nous faire acquérir partie de la fortune d'autrui, notamment les obligations, et a abouti à l'idée abstraite d'augmentation ou d'enrichissement de patrimoine. Une stipulation fondée sur une erreur pouvait donc être annihilée, et même de deux manières : d'après le droit civil, le débiteur arrivait à faire révoquer la stipulation au moyen d'une *condictio (indebiti*, etc.); d'après le droit prétorien, il paralysait l'action tendant à obtenir l'accomplissement de la stipulation par une *doli exceptio*.

C'est à ces principes que la nouvelle théorie

(q) Cf. Système, t. 5, Appendice xiv, num. vii.

dont nous nous occupons se rattache de la manière suivante, comme nous l'avons déjà remarqué en abordant le présent paragraphe. La stipulation en elle-même, en tant qu'acte de pure forme, pouvait, il est vrai, servir de base à une action; mais elle devait produire un résultat sur le patrimoine, l'augmenter; il lui fallait donc une *causa*, et si celle-ci manquait ou était défectueuse, elle ne produisait plus de résultat (*r*).

Cette justification de la nouvelle théorie dont il s'agit doit être rejetée par deux raisons.

A. Tout acte juridique présente en droit des conditions positives d'existence et de validité. Il faut, après en avoir exposé la théorie, démontrer qu'elles peuvent s'appliquer à la vie pratique. Mais indépendamment de ces conditions, on peut imaginer un plus ou moins grand nombre de vices ou d'obstacles accidentels, dont l'existence, là où elle se rencontre, et même en supposant remplies ces conditions positives, exclut en tout ou en partie l'efficacité de l'acte juridique. On pourrait désigner l'absence de ces obstacles accidentellement supposables par l'expression de conditions négatives de l'acte juridique. Il serait pourtant illogique, et plus propre à troubler qu'à

(*r*) Liebe, Stipulation, p. 82-84.

favoriser l'idée fondamentale de la vraie nature des rapports de droit, de vouloir rapprocher ces conditions négatives, qui sont d'une nature tout exceptionnelle, des conditions positives, et de les traiter comme étant, les unes et les autres, de même espèce. C'est ce procédé illogique qu'il faut reprocher aux partisans de la théorie que j'examine, en ce qu'ils font valoir les conditions (*indebiti*, etc.) possibles contre une stipulation, comme une raison pour laquelle la stipulation, constituant un acte de pure forme, ne pourrait être considérée comme parfaite et valable que sous la supposition d'une *causa*.

B. La *causa*, comme nécessaire à la stipulation, se rapporte, d'après les partisans de la théorie dont il s'agit, à la nature formaliste de la stipulation; elle formerait une particularité de cette opération de pure forme. Mais cette allégation est complétement contredite par la circonstance que la *causa*, qui, comme prétendue condition de la stipulation, doit consister dans la possibilité d'attaquer cette stipulation par les condictions et par la *doli exceptio*, se présente exactement de même dans les actes matériels de l'ancien droit, notamment dans les contrats consensuels. Les anciens jurisconsultes les plaçaient, à cet égard, sur la même ligne que la stipulation; ils ne faisaient

aucune différence entre les deux (*s*). Par ce moyen la *causa* disparaît donc, comme particularité prétendue de l'acte de forme qui constitue la stipulation, et ainsi s'évanouit encore le dernier point d'appui de la théorie que je discute.

Plusieurs auteurs ont encore voulu tirer un argument spécial des règles posées dans un texte de Paul sur la preuve de la *condictio indebiti*, particulièrement de la dernière partie du texte qui prescrit, quant à la *cautio quæ indiscrete loquitur*, que le créancier demandeur prouve l'existence de l'acte juridique qui sert de base à la *cautio* (*t*). Ils font valoir ce texte comme un témoignage que la stipulation n'était parfaite que par une *causa* existant en dehors d'elle, et spécialement démontrée. — Mais, en fait, la majeure partie de ce texte, attribué à Paul, ne lui appartient pas. Il faut, au contraire, y voir un règlement de Justinien sur la preuve, qui a été inséré en cet endroit par les compilateurs. La dernière partie spécialement (le § 4) est reproduite d'une constitution de

(*s*) *L.* 5 § 1 *de act empti* (19, 1) : « Sed etsi falso existimans se damnatum vendere, vendiderit dicendum est agi cum eo ex empto non posse, quoniam doli mali exceptione actor summoveri potest : quemadmodum si falso existimans se damnatum dare, promisisset, agentem doli mali exeptione summoveret. Pomponius etiam incerti condicere eum posse ait ut liberetur. »

(*t*) *L.* 25 *de probat.* (22, 3). La dernière partie de cette loi, citée dans le texte, est le § 4.

l'empereur Justin (*u*). Cette origine importe certainement fort peu, en ce qui touche la force légale des règles sur la preuve que donne le texte, puisqu'il faut incontestablement le considérer, tel que nous le lisons, comme partie intégrante des recueils de droit de Justinien. Au contraire, cette origine est très-importante, si l'on veut utiliser le texte en dehors de ses dispositions directes (qui ne concernent que la preuve, et par suite la procédure), pour en tirer, comme on l'a tenté récemment, un argument se rapportant au fond du droit, c'est-à-dire à la théorie que nous discutons, de la *causa* nécessaire pour la stipulation. Ainsi utilisé, ce texte pèserait dans la discussion, s'il émanait réellement de Paul, d'un tout autre poids, que s'il faut y voir, pour la plus grande partie, une interpolation ajoutée, c'est-à-dire l'œuvre des compilateurs (*v*).

En terminant cette recherche, il faut rendre, tout en le combattant, à l'inventeur de la théorie de la *causa*, comme complément nécessaire de la

(*u*) L. 13 C. de non. num. pec. (4, 30).

(*v*) Voici les opinions les plus récentes sur le texte du Digeste que nous discutons : A cherché à soutenir qu'il était authentique et émanait de Paul Gneist, formelle Vertraege (Conventions solennelles), p. 198-209. Cette authenticité a été contestée par Windscheid, Lehre von der Voraussetzung (Théorie de l'hypothèse), p. 192-202, et par Rudorff, aux endroits cités plus haut (note *a*). Les auteurs plus anciens qui ont traité la question sont énumérés par Gneist, p. 205.

stipulation (et de notre *nudum pactum*), ce témoignage, qu'il ne s'est pas laissé conduire par cette théorie à des règles de droit erronées. En effet, le seul côté pratique de la théorie consiste à repousser la stipulation dont la *causa* est erronée, ou surtout défectueuse; or, ce résultat est parfaitement exact et n'offre aucune prise au doute. La contestation tout entière a donc un caractère exclusivement théorique; elle concerne la position et la déduction des idées et des principes de droit. Mais ce n'est nullement une raison de dire que la question que nous avons discutée est oiseuse, ou même de peu d'importance; car il est difficile de prévoir jusqu'où peut conduire une voie erronée comme celle dont il s'agit, lorsqu'on s'y est engagé.

§ 79.

I. CONTRAT. D. EFFETS. — EFFETS RENFORCÉS.

Nous avons jusqu'ici exposé les effets réguliers des contrats (§ 72 à 78); c'est là l'état normal. Il nous reste à compléter cette exposition par celle d'une double dérogation à cet état normal. La dérogation consiste tantôt dans un renforce-

ment, tantôt dans un affaiblissement des effets réguliers du contrat (§ 72).

L'effet renforcé peut être engendré par les accessoires suivants, qu'on est libre d'ajouter à volonté à la convention :

1. Arrhes.
2. Clause pénale.
3. Serment.
4. Gage.
5. Conventions accessoires.

---

1. Arrhes.

Il n'est pas rare qu'en concluant un contrat, une des parties donne à l'autre une chose, qui sera la plupart du temps de l'argent, mais qui peut aussi consister en un autre objet quelconque (*a*). La règle est qu'il faut voir dans cette dation un indice de la perfection du contrat; la volonté des parties lui donne ainsi, dans des cas isolés, le même caractère que présentait en général la stipulation romaine, en qualité de contrat solennel (*b*).

(*a*) *L.* 11 § 6 *de act. empti.* (19, 1), *L.* 5 § 15 *de inst. act.* (14, 3).

(*b*) Cf. plus haut § 74. — *pr. J. de emt.* (3, 23). « Nam quod arrhæ nomine datur, *argumentum est emtionis venditionis contractæ.* » — *L.* 35 *pr. de cont. emt.* (18, 1.) « Quod sæpe arrhæ nomine pro emptione datur, non eo pertinet quasi sine arrha conventio nihil proficiat : *sed ut evidentius probari possit convenisse de pretio.* » — L'auteur le plus détaillé sur le arrhes est Lauterbach, de arrha. Dis. Vol. 1, N. xi.

De ce caractère des arrhes résulte l'influence régulière de leur remise tant sur la propriété de l'objet donné que sur la validité du contrat lui-même.

A. Propriété de l'objet donné.

De ce que les arrhes ne servent, en règle générale, qu'à prouver une autre opération juridique, il s'ensuit qu'elles ne sont point destinées à enrichir celui qui les reçoit. Si donc le contrat s'accomplit, l'acheteur se fera tenir compte, dans le prix de vente, de l'argent qu'il a donné à titre d'arrhes, et le vendeur, s'il a de son côté donné des arrhes, pourra les répéter. Il en sera de même si les parties anéantissent volontairement le contrat (*c*).

B. Influence sur la validité du contrat.

Plusieurs auteurs ont envisagé les arrhes comme un dédit, en ce sens que celui qui les donne, en les sacrifiant, celui qui les reçoit, en les restituant au double de leur valeur pécuniaire, peuvent à leur gré se départir du contrat [1]. Si cette

(*c*) *L.* 11 § 6 *de act. emti* (19, 1), *L.* 8 *de L. commiss.* (18, 3). — Le demandeur a le choix entre l'action du contrat et la *condictio sine causa*. Les exceptions de droit commun, où les arrhes demeurent perdues pour celui qui les a données, seront énumérées tout à l'heure. — Dans les droits coutumiers locaux se présentent souvent telles arrhes qui ne sont pas restituables, par exemple dans le cas de louage de domestiques. Unterholzner, Schuldverhaeltnisse (Obligations), t. 1 § 31, Num. IV.

[1] Telle est la disposition expresse de la loi française, quant à la promesse de vente (art. 1590, C. N).

idée était exacte, les arrhes constitueraient évidemment, non plus un renforcement, mais un affaiblissement du contrat, tout à fait à l'inverse du caractère et de la destination que leur attribuent nos sources de droit (note *b*). Qu'une convention puisse être ainsi conclue, sous la réserve de s'en départir, en abandonnant un dédit pécuniaire déterminé, c'est là un point hors de doute. Mais il faut que cette faculté soit expressément stipulée; elle ne se sous-entend pas, et les arrhes en elles-mêmes, sans cette stipulation expresse ne peuvent avoir cette signification, mais au contraire celle tout opposée que nous avons indiquée (*d*).

Le caractère des arrhes est quelque peu différent dans les cas suivants.

Dans un contrat de vente, on peut stipuler que le paiement du prix aura lieu dans un temps déterminé, en ajoutant qu'en cas de retard dans le paiement, le vendeur pourra faire résoudre la vente (Lex commissoria). Si, dans un cas pareil, l'acheteur avait en même temps donné des arrhes, le vendeur, qui opte pour la résolution, conserverait ces arrhes (*e*).

Lorsqu'une convention est conclue sous la ré-

(*d*) Lauterbach, § 105, 109.

(*e*) *L.* 6 *pr.*, *L* 8 *de L. commiss.* (18, 3).

serve de l'accomplissement d'une formalité spéciale, cette réserve signifie que, jusqu'à cet accomplissement, chacune des parties est libre de se retirer (§ 77, *e*). Mais si, en cas pareil, des arrhes ont été données en même temps, alors celui qui les a données, et qui se retire, perd les arrhes; celui qui les a reçues et qui se retire, doit les restituer, et y ajouter encore leur valeur pecuniaire (*f*). Cette règle fut d'abord posée pour le cas d'une forme spécialement stipulée; le cas le plus ordinaire était la rédaction de la convention en un titre écrit (emtiones quæ scriptura conficiuntur). Il est évident que dans ce cas la faculté de se départir ne se rattache pas aux arrhes, mais à la forme de convention réservée, de sorte que, même sans arrhes, cette faculté existerait absolument de la même manière.

Mais le doute et les difficultés naissent de cette circonstance que les deux règlements de Justinien, conçus d'une manière peu réfléchie, donnent une décision semblable quant à la perte des arrhes, même dans le cas de convention conclue sans réserve de forme (sive in scriptis, *sive sine scriptis*, venditio celebrata est) (*g*). Puisque, dans ce cas,

(*f*) *L.* 17 *C. de fide instr.* (4, 21), *pr. J. de emt.* (3, 23).

(*g*) Ainsi sont conçus les deux textes cités (note *f*).

l'exécution peut être poursuivie par une action, il n'existe aucune raison plausible qui justifie la perte des arrhes.

Pour écarter cette difficulté, on a proposé d'entendre les textes comme s'ils parlaient de contrats qui ne sont point encore parfaits, et à la conclusion desquels il manque quelque chose; du cas où les parties se seraient réciproquement promis de passer un contrat de vente sur telle maison, mais ne seraient pas encore tombées complétement d'accord sur les conditions (*h*). Cette explication est inadmissible, par la raison que le caractère et la destination des arrhes supposent parfaitement établies les conditions du contrat, comme un fait dont les arrhes doivent être une preuve (note *b*).

L'explication la plus simple, celle qui force le moins la lettre des textes, est la suivante. Quand un contrat est conclu, *sine scriptis*, et de plus renforcé par des arrhes, la partie qui refuse de l'exécuter peut certainement y être contrainte par une action, puisqu'elle est dès lors complétement liée par le contrat; mais, de plus, elle supportera encore la perte des arrhes, comme peine de son injuste résistance (*i*).

(*h*) Lauterbach, § 112-114. Vinnius et Schrader, dans leurs notes sur les textes cités des Institutes.

(*i*) Il faut donc, dans ce cas, attribuer aux arrhes le caractère

Du reste, toute cette controverse n'a pas grande importance, vu que le montant des arrhes est la plupart du temps d'une valeur minime, en comparaison de l'objet de la convention même. Elle ne devient considérable que lorsqu'on attache faussement au mot *arrhes* le sens de dédit pécuniaire (note *d*).

§ 80.

I. CONTRAT. D. EFFETS. EFFETS RENFORCÉS (suite.)

2. Clause pénale.

AUTEURS :

Puchta, Pandekten, § 231, et Vorlesungen (Cours publics), § 231.
Liebe, Stipulation, § 24.
Vangerow, p. 334-342, et les auteurs cités par le même, p. 334.

On appelle clause pénale la promesse conditionnelle de donner quelque chose, faite en vue de provoquer l'accomplissement de l'obligation prin-

d'une clause pénale, et même dans le sens le plus rigoureux dont ce mot est susceptible (§ 80, *i*). Plusieurs auteurs admettent, sans fondement, que la partie qui veut maintenir le contrat a seulement le choix entre gagner les arrhes et poursuivre l'exécution du contrat. Ainsi Azo in L. 17 C. cit. et Glossa ibid. La lettre des textes est peu favorable à cette explication.

cipale, accomplissement qui fera défaillir la condition exprimée.

On promet ainsi le plus souvent une somme d'argent déterminée, mais on peut également choisir une autre chose, quelle qu'elle soit, comme objet de cette promesse.

La clause pénale avait principalement lieu chez les Romains sous forme de stipulation ; elle pouvait aussi être poursuivie en vertu d'un *pactum adjectum*, dans le cas de contrat consensuel (*a*).

La condition peut consister dans un fait ou dans une abstention de la partie qui promet.

En partant de l'idée que nous avons supposée, on arrive à considérer cet acte juridique comme étant en petit une disposition pénale, fondée sur une volonté privée, puisque le promettant sera poussé, par la crainte de payer la peine, à faire ou à ne pas faire ce que veut le demandeur.

La forme la plus simple de cet acte juridique se présente lorsque la promesse stipulée en est le seul objet. Alors la peine seule est comprise dans l'obligation; l'opération, qu'elle a proprement

(*a*) L. 7 *de servis export.* (18, 7). « convenit, *citra stipulationem*, ut pœnam præstaret emtor... » L. 6 § 1 *eod.* Le doute qu'élève le premier texte sur la validité de la convention pénale se fondait, non pas sur sa forme défectueuse, mais sur son but prétendu immoral. — Cf. sur ces textes Liebe, Stipulation, p. 307, 308.

pour but de sanctionner, ne forme qu'une simple condition, un simple moyen d'éviter l'application de la peine (*b*).

Quand la condition consiste à ne point faire un certain acte, le plus convenable est de fixer un terme jusqu'auquel on devra s'abstenir de l'acte, si l'on veut éviter la peine; si cette fixation n'a pas eu lieu, la clause pénale ne sera défaillie qu'autant que l'acte sera devenu impossible (*c*).

Dans ce cas très-simple, la convention pénale est analogue à la convention obligatoire portant sur l'acte même. De même que celle-ci contraint directement à faire l'acte, au moyen d'une action qui a précisément ce but, de même la clause pénale conduit à l'acte par un détour, au moyen de la crainte de l'action pénale. La clause pénale apparaît alors comme un équivalent, arbitrairement choisi, de la convention obligatoire, et, dans la plupart des cas, elle sera un moyen bien meilleur

(*b*) *L.* 44 § 5 *de O. et A.* (44, 7). « Si ita stipulatus sim : *si fundum non dederis, centum dare spondes? sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus,* » *L.* 68 *de V. O.* (45, 1), L. 115 § 2 *de V. O.* (45, 1). A notre cas appartient le premier exemple de ce texte : « si Pamphilum non dederis, centum dari spondes? » et Papinien y revient plus tard par ces mots : « si stipulatio non a conditione cœpit, veluti : *si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes?* » Il appelle donc notre cas une *stipulatio a conditione incipiens*, par opposition à la stipulation où l'acte est promis d'abord, puis la menace d'une peine vient s'y joindre comme seconde stipulation.

(*c*) *L.* 115 *pr.* § 1, 2 *de V. O.* (45, 1). Il va être question tout à l'heure de la solution à donner aux autres cas mentionnés dans le § 2.

de parvenir au but. Mais la clause pénale peut encore être employée dans des cas où il serait impossible de faire porter la convention obligatoire sur l'acte à obtenir. C'est ce qui a lieu particulièrement dans le cas où deux personnes veulent assurer une prestation, qui doit être faite par un tiers, ou à un tiers (*d*).

Il importe donc peu, dans une clause pénale de cette espèce, que le créancier ait un intérêt propre à l'acte, ou que le montant de son intérêt soit en rapport exact avec la peine promise (*e*).

La clause pénale est moins importante, et se présente moins fréquemment sous la forme très-simple supposée jusqu'ici, qu'appliquée et combinée comme il suit.

D'abord, on promet, par une convention obligatoire, le fait ou l'abstention même, puis on ajoute une clause pénale pour le cas où cette première convention resterait sans exécution.

(*d*) V. plus haut § 59, *n*. — Il en est ainsi quant au compromis devant un arbitre, auquel les Romains cherchaient toujours à donner effet au moyen d'une clause pénale, puisqu'ils n'admettaient pas la possibilité d'une obligation directe d'exécuter la convention arbitrale.

(*e*) § 19 *J. de inut. stip.* (3, 19). *L.* 38 § 17 *de V. O.* (45, 1).

Dans cette opération, la clause pénale apparaît comme renforcement de la convention obligatoire, et c'est là le motif qui nous amène à en traiter ici.

Elle opère alors de deux manières : d'abord, en excitant encore à l'exécution, par la crainte de la peine; ensuite, en facilitant la poursuite des droits qui dérivent de la convention principale.

Ce dernier résultat consiste en ce que le créancier est dispensé de faire la preuve, souvent difficile et incertaine, du montant de son intérêt (*f*); il est également dispensé de la sommation qu'il faut adresser au débiteur pour le mettre en demeure : cette sommation n'est pas nécessaire pour obtenir la clause pénale (*g*).

Ainsi, le but de la convention pénale est toujours le renforcement de la cause principale. Ce serait donc méconnaître complétement le but de la clause pénale, incontestable en règle générale, que de vouloir la traiter comme un dédit pécuniaire, moyennant lequel le débiteur pourrait s'exempter à volonté de l'accomplissement de la convention principale (*h*). Il n'est cependant pas

(*f*) § 7 *J. de V. O.* (3, 15), *L.* 11 *de stip. præt.* (46, 5).

(*g*) *L.* 12 *C. de contr. et comm. stip.* (8, 38), *L.* 23 *de O. et A.* (44, 7).

(*h*) Lauterbach, de pœna

douteux que les parties ne soient libres d'attribuer à la clause pénale le sens d'un pareil dédit. Elle figurerait alors, non comme renforcement, mais comme affaiblissement de la convention principale. Mais cette signification ne s'entend pas d'elle-même ; elle ne peut résulter que d'une déclaration expresse des parties.

Ce qui importe surtout, c'est de bien concevoir le rapport qui unit la clause pénale à la convention principale. Ce rapport peut se présenter de deux manières : il peut être cumulatif ou alternatif.

Le rapport est cumulatif, quand on peut exiger à la fois l'exécution de la convention principale et le paiement de la peine. Ce rapport ne doit point être présumé; il ne faut l'admettre qu'autant qu'il résulte d'une manifestation de volonté particulière, ou des dispositions propres des deux conventions (*i*).

conventionali, § 65 Diss. vol. 3, p. 439. — C'est une situation tout à fait analogue à celle des arrhes, v. plus haut § 79, *d*.

(*i*) *L*. 115 § 2 de *V. O.* (45, 1) «... potest Sabini sententia recipi, si... ita concepta sit stipulatio : Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes? quod sine dubio verum erit, *quum id actum probatur, ut, si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur.* » De même, *L*. 16 *de transact.* (2, 15). Les termes particuliers des deux conventions peuvent démontrer une pareille intention, sans même qu'elle soit expressément indiquée, si par exemple le montant de la peine, comparé à la valeur pécuniaire que représente l'exécution de la convention principale, est relativement si minime qu'il est impossible que les parties aient pu considérer la peine comme une compensation de l'exécution, mais qu'elles aient dû y voir seulement une incitation énergique à ne pas s'y soustraire. Plus la peine est élevée, plus cette interprétation de la convention devient invraisemblable.

Le rapport alternatif, qui constitue par suite la règle, existe quand on ne peut faire valoir à la fois les deux actions, mais seulement l'une des deux. Il reste alors à se demander laquelle des deux doit être intentée. Les jurisconsultes romains distinguaient ici deux cas, suivant que la convention principale était une stipulation ou un contrat *bonæ fidei*. Dans le premier cas, ils admettaient que la convention principale était anéantie *quasi novatione*, et qu'en conséquence, la peine pouvait seule être réclamée (*k*). — Dans le deuxième cas, le libre choix est laissé au créancier de poursuivre l'exécution seule, ou la peine seule (comme l'intérêt de l'exécution); et, de plus, le demandeur a cet avantage qu'il n'est pas lié par le choix en question, mais qu'il peut, après avoir intenté l'une des actions, recourir encore à l'au-

(*k*) *L.* 44 § 6 *de O. et A.* (44, 7) (Paulus) : « Sed si navem fieri stipulatus sum, et, si non feceris, centum, videndum utrum duæ stipulationes sint, pura et conditionalis, et existens sequentis conditio non tollat priorem, an vero transferat in se, *et quasi novatio prioris fiat : quod magis verum est.* » — *L.* 115 § 2 *de V. O.* (45, 1) (Papinianus). Après les mots cités plus haut dans la note *i*, le texte continue : «... sed et si ita cautum sit, ut sola pecunia non soluto homine debeatur, idem defendendum erit, quoniam fuisse voluntas probatur, *ut homo solvatur, aut pecunia petatur.* » — Le résultat final est ici le même que dans le cas le plus simple, mentionné plus haut dans la note *b*. Pourtant les deux cas ne sont pas identiques, puisqu'ils diffèrent l'un de l'autre par la forme. Aussi n'y a-t-il point contradiction à les traiter tous deux différemment sous un autre rapport, c'est-à-dire en ce qui concerne le délai accordé pour l'action (v. plus bas note *n*). Sur les textes cités ici, spécialement le premier, on a beaucoup discuté et beaucoup écrit. Cf. Liebe, Stipulation. p. 317-319, Vangerow, p. 339.

tre, mais seulement pour réclamer ce qu'elle peut peut faire obtenir en plus (*l*). La règle qui gouverne ce deuxième cas s'applique en général au droit actuel.

Pour compléter cette théorie de la clause pénale, nous devons encore ajouter les règles suivantes.

A. On se demande d'abord à partir de quel moment la peine peut être réclamée.

S'il s'agit d'une abstention, la peine est encourue et exigible dès que le fait contraire à la convention s'est produit.

Si c'est un fait qui a été promis, et qu'un délai ait été fixé, la peine est encourue aussitôt que le délai s'est écoulé sans résultat; dans ce cas, aucune sommation n'est nécessaire (*m*).

S'il n'y a point de délai fixé, il faut, dans le cas de simple convention pénale (note *b*), attendre aussi longtemps que le fait est encore possible (note *c*).

Dans le cas de clause pénale ajoutée à une con-

(*l*) *L.* 41, 42, 71 *pr. pro socio* (17, 2). *L*, 28 *de act. emti* (19, 1), *L.* 10 § 1 *de pactis* (2, 14), *L.* 16 *de transact.* (2, 15) *L.* 40 *C. eod.* (2, 4).

(*m*) *L.* 23 *de O.* et *A.* (44, 7), *L.* 12 *C. de contr. et comm. stip.* (8, 38).

vention principale, la peine peut être exigée aussitôt que le fait, devenu possible, n'a cependant pas été accompli (*n*).

B. En outre la question s'élève de savoir s'il faut que le fait, base de la peine, soit imputable au débiteur, ou s'il demeure affranchi de la peine, quand il lui a été impossible d'empêcher le fait indiqué comme condition de cette peine. La réponse dépend du point de vue que l'on considère comme principal.

S'attache-t-on à la lettre de la stipulation, c'est-à-dire au fait ou à l'abstention en elle-même, comme condition de la peine, peu importe alors qu'ils soient imputables au débiteur; il invoquera vainement, pour s'affranchir de la peine, l'impossibilité où il s'est trouvé d'exécuter la condition. — Ainsi le décidaient en effet les jurisconsultes romains pour la clause pénale simple (*o*), et même complexe, pourvu que la convention principale reposât sur une simple stipulation émanée d'une volonté privée (*p*); dans ce cas peu importe l'imputabilité du fait au débiteur (*q*).

(*n*) *L.* 115 § 2 *de V. O.* (45, 1). La décision sur ce cas n'est pas en contradiction avec la décision sur la simple convention pénale, comme nous l'avons remarqué (note *k*).

(*o*) *L.* 8 *de V. O.* (45, 1).

(*p*) C'est-à-dire sur une *stipulatio conventionalis* par opposition à la *prætoria* ou *judicialis*. *L.* 5 *pr. de V. O.* (45, 1).

(*q*) *L.* 77 *de V. O.* (45, 1), *L.* 9

Si, au contraire, on ne s'en tient pas à la lettre de la convention, mais au but de la clause pénale indiquée plus haut, qui est de provoquer à un fait ou à une abstention, il faut considérer l'imputabilité comme décisive, puisque la crainte de la clause pénale ne saurait produire d'effet, si le fait ou l'abstention qu'elle devait provoquer est impossible pour le débiteur. — C'est ainsi que la logique devait amener les jurisconsultes romains à traiter les cas où la convention principale était *bonæ fidei*, puisqu'ils ne s'attachaient alors qu'à l'équité; de même encore certains cas de stipulations, par exemple prétoriennes et judiciaires, dont le caractère avait pour principe la *bona fides*, non la lettre rigoureuse de la convention (*r*). Il

de naut. fœn. (22, 2). Dans les deux textes on suppose le cas où une somme d'argent devant être payée à un jour déterminé, le débiteur est mort, et aucun héritier n'a encore fait adition. — *L.* 22 *pr. ad L. Aquil*(9, 2). « Proinde si servum occidisti, quem *sub pœna* tradendum promisi, *utilitas* venit in hoc judicium. » (Cf. *L.* 21 § 2 *eod.* « ut ejus *quod interest* fiat æstimatio. ») Il suit de là que le débiteur qui a promis sous une peine la propriété d'un esclave, n'est pas affranchi de la peine, parce qu'un tiers tue l'esclave, et en rend ainsi la tradition impossible. — Cette décision est contredite en apparence par la *L.* 69 *de V. O.* « Si homo mortuus sisti non potest, nec pœna rei impossibilis committetur : quemadmodum si quis *Stichum mortuum* dari stipulatus, si datus non esset, pœnam stipuletur. » Le premier de ces cas rentre dans les stipulations prétoriennes, dont la règle toute différente va être indiquée à l'instant (note *s*). Le second cas suppose comme convention principale la promesse de donner un esclave déjà mort, promesse nulle dès l'origine (*L.* 1 § 9 *de O. et A.* (44, 7), *L.* 103 *de V. O.* (45, 1), qui rend également nulle, par suite, la convention pénale accessoire.

(*r*) Cf. Système, t. 5, Appendice XIII, Num. XIX, et Appendice XII, Num. VIII, note *c*.

nous est parvenu en effet, touchant cette dernière classe, un nombre suffisant de témoignages dont la concordance ne laisse aucun doute sur l'idée des anciens jurisconsultes touchant la question (s).

Cette dernière idée est la seule qui puisse se concevoir dans le droit actuel, si bien que les effets de la clause pénale ne sont applicables qu'aux débiteurs auxquels l'inexécution de la convention est imputable (t).

C. La règle est que la clause pénale est une opération juridique permise et efficace; mais elle peut, comme tout autre contrat, être prohibée et sans effet, si elle tend à un résultat illégal ou immoral. A cette classe appartiennent les cas suivants : — Lorsque, grâce à une clause pénale ajoutée à un prêt, se dissimulent, sous un autre nom, des intérêts usuraires ; alors la clause pénale même est nulle (u). — Est encore nulle la clause pénale qui compromet la liberté de conclure ou de dissoudre un mariage (v) [1], ou bien la liberté d'un testateur de ré-

(s) *L.* 2 § 1, *L.* 4 *pr.* §§ *si quis caut.* (2, 11). *L.* 21 § 9 *de receptis* (4, 8). *L.* 69 *de V. O.* (45, 1). En ce qui touche le dernier cas qu'elle contient, v. plus haut note *q*. Dans ces textes l'imputabilité est appliquée d'une manière très-douce et bienveillante.

(t) Sur toute cette controverse, les opinions sont très-divisées. Cf. Wolff, Mora, p. 38 et s. Vangerow, p. 337 et s.

(u) *L.* 41 *de usuris* (22, 1), *L.* 13 § 26 *de act. empti* (19, 1).

(v) *L.* 134 *pr. de V. O.* (45, 1). *L.* 8 *C. de inut. stip.* (8, 39).

[1] Les Allemands, comme autrefois les Romains, admettent le divorce.

gler ses dernières volontés (*w*). — De même toute clause pénale qui favorise une action honteuse (*x*).

Au contraire, est permise et valable la clause pénale inverse, qui, par une nouvelle incitation, provoque l'obtention d'un résultat moral. A cette catégorie appartient le cas où un mari promet à sa femme, sous une peine pécuniaire, de ne pas se rapprocher de son ancienne concubine; cette convention s'appelle *ex bonis moribus concepta stipulatio* (*y*).

---

3. Serment.

Comme un autre procédé pour renforcer une convention obligatoire, on peut encore citer le serment, ce qui doit s'entendre ici du serment s'appliquant à l'avenir (le promissoire). J'ai déjà traité, en un autre endroit, de ce mode de renforcement (*z*).

---

4. Conventions accessoires, pouvant être ajoutées soit par le débiteur lui-même, soit par une autre personne.

(*w*) *L.* 61 *de V. O.* (45, 1).
(*x*) *L.* 123 *de V. O.* (45, 1).
(*y*) *L.* 121, § 1 *de V. O.* (45, 1).
(*z*) Système, t. 7, § 309. — Cf. aussi Puchta, Pandekten, § 253, et Vorlesungen (Cours publics), § 253.

A cette catégorie appartiennent le cautionnement et le constitut, dont nous rattacherons l'examen à la partie spéciale des obligations.

---

5. Droit d'hypothèque.

Enfin, il faut compter parmi les moyens les plus énergiques de renforcer une obligation l'hypothèque, qui consiste à rattacher artificiellement le droit sur une chose (*jus in re*), à une obligation. Ce point ne peut être présenté d'une manière satisfaisante qu'en corrélation avec le droit des choses dans son ensemble.

§ 81.

I. CONTRAT. D. EFFETS. — EFFETS AFFAIBLIS.

Les effets réguliers du contrat (§ 72) peuvent être modifiés soit par renforcement (§ 79, 80), soit par affaiblissement. Les effets qui consistent dans cet affaiblissement (et qui peuvent même aller jusqu'à un anéantissement complet), vont maintenant être présentés.

La plupart des influences extérieures qui peuvent amener cet affaiblissement ne sont pas particulières aux contrats, mais communes à toutes

les autres manifestations de volonté. Aussi leur nature a-t-elle déjà été présentée relativement à celles-ci dans un autre endroit. A cette classe appartiennent la violence, le dol et l'erreur (*a*). Mais l'espèce d'influence que ces causes exercent sur l'affaiblissent de la convention ne peut être mise en lumière ici, elle ne peut l'être que dans le droit spécial des obligations en la rattachant aux délits (*b*).

Un seul des cas qui rentrent dans cette classe doit être soumis en ce moment à un examen plus sérieux; c'est l'impossibilité d'exécuter, qui peut rendre nulle l'obligation même (*c*).

Il est vrai que l'idée et les différents motifs imaginables de cette impossibilité ont déjà été établis en les appliquant aux obligations en général. Il suffit donc de les rappeler ici à propos des contrats (*d*) : cette idée se rattache aux principes suivants qui s'appliquent à toutes les obligations.

(*a*) Cf. Système, t. 3, § 114. 115.

(*b*) Notamment aux délits dont l'essence consiste non dans la violation d'un droit matériel, mais dans une intention contraire aux idées de justice (déloyauté et violence). Ceci n'est vrai cependant que de la violence et du dol au moyen de l'*actio* et de l'*exceptio metus*, de l'*actio* et de l'*exceptio doli*. Pour l'erreur, la règle est qu'elle n'affaiblit pas, si ce n'est exceptionnellement, les effets des contrats. Cf. Système, t. 3, Appendice VIII, Num. X, XI, XII.

(*c*) Cf. Puchta, Pandekten, § 220, Vorlesungen (Cours publics), § 220. — Unterholzner, Schuldverhaeltnisse (Obligations), t. 1, § 100-102.

(*d*) Droit des obligations, t. 1, § 37. Il est bon de consulter aussi, sur ce point, les passages suivants : Système, t. 3, p. 302-304 (p. 317-319 trad.), et t. 3, § 121 à 124.

Un acte peut être impossible ou matériellement ou ou juridiquement. — Un acte contraire au droit ou à la morale est possible en lui-même, mais il est traité dans les décisions juridiques, spécialement en ce qui touche les obligations, comme s'il était impossible. — On n'a égard qu'à l'impossibilité qui a pour base la nature des choses (l'objective), non à celle qui se fonde sur un rapport personnel au débiteur (la subjective).

Mais l'effet de l'impossibilité ne pouvait être exposé en traitant des obligations en général. Cette circonstance a nécessité un renvoi particulier à la théorie des effets des contrats (*e*), renvoi qui va être vidé présentement, à propos de notre examen de l'affaiblissement des effets de l'obligation à la suite d'influences extérieures.

L'impossibilité dont il va être ici question ne doit s'entendre que de celle qui existe au moment où l'obligation prend originairement naissance, c'est-à-dire où le contrat se conclut. Car si c'est à une époque postérieure que l'impossibilité se manifestait (par exemple, si un cheval vendu mourait avant d'avoir été livré), elle ne rentrerait plus dans le plan de notre examen actuel (qui n'a trait qu'à l'origine première des obligations), mais

(*e*) Droit des obligations, t. 1, p. 382 ; p. 414, trad.

dans la théorie de la transformation des obligations (§ 51), qui est soumise à des règles toutes particulières.

Un aperçu rapide des cas les plus importants que mentionnent nos sources de droit, et dans lesquels l'exécution est considérée comme impossible, peut servir d'introduction aux décisions suivantes sur les règles de droit elles-mêmes, qui doivent leur être appliquées.

L'impossibilité a le plus souvent trait aux obligations qui ont pour but une dation, c'est-à-dire le transport de la propriété, ou même la jouissance de la propriété en son nom propre.

Cette dation est impossible, si la chose qui en est l'objet n'a jamais eu d'existence (*f*), ou est périe (*g*), ou ne peut avoir d'existence, par exemple, si c'est un animal fabuleux (*h*). — De même si les principes du droit prohibent la propriété sur cet objet (quod in commercio non est), comme une *res*

(*f*) Si, par exemple, pour citer le cas ordinaire, les parties supposent faussement que la chose à donner existe dès à présent. Car une convention sur une chose que cette convention considère comme pouvant exister vraisemblablement, ou même éventuellement dans l'avenir (*spes* et *res sperata*), est permise et efficace. *L.* 8. *L.* 34 § 2 *de contr. emt.* (18, 1).

(*g*) Citons comme perte incontestable la mort d'un esclave ou d'un animal. La destruction d'une maison ou d'une forêt par le feu ne constitue pas une perte véritable tant que le sol subsiste. Mais dans la pratique des affaires on décide qu'une altération si essentielle de la forme doit être juridiquement considérée comme une perte. *L.* 57, 58 *de contr. emt.* ((18, 1). Cf. Système, t. 3, p. 284 (p. 297 trad.).

(*h*) § 1 *J. de inut. stip.* (3, 19), *L.* 97 *pr. de V. O.* (45, 1).

sacra ou *publica*, ou un homme libre dont on aurait disposé comme d'un esclave; de même encore si la chose à donner est déjà la propriété du créancier, car elle ne peut devenir une seconde fois sa propriété (*i*). — De même si l'objet de la convention est une succession non ouverte, parce que l'auteur prétendu vit encore (*k*). — Enfin l'impossibilité peut avoir pour base certaines modalités, comme dans le cas où la promesse est faite sous une condition impossible (*l*), ou renfermée dans un laps de temps impossible, ainsi lorsqu'une personne promet à Rome de payer une somme d'argent à Carthage le même jour (*m*).

Après ce préliminaire, j'arrive aux règles de droit elles-mêmes.

En premier lieu se place la règle que toute obligation impossible doit être considérée comme inexistante (*n*), sans faire aucune distinction entre les différentes espèces de conventions, et sans avoir égard à la connaissance des parties.

Cette règle s'applique à toutes les stipulations où la promesse a porté sur une dation ou sur un

(*i*) § 1, 2 *J. de inut. stip.* (3, 19), *L.* 1 § 9 *de O. et A.* (44, 7), *L.* 83 § 5, *L.* 103 *de V. O.* (45, 1), *L.* 182 *de R. J.* (50, 17).

(*k*) *L.* 7, 8, 9 *de hered. vel act.* (18, 4).

(*l*) *L.* 31 *de O. et A.* (44, 7). Cf. Système, t. 3, § 121-124.

(*m*) § 5, *J. de V. O.* (3, 15).

(*n*) *L.* 185 *de R. J.* (50, 17). « Impossibilium nulla obligatio est. » — *L.* 31 *eod.* (Elle cite le *pactum* et la *stipulatio* l'un à côté de l'autre).

fait impossible (*o*). Elle s'applique en particulier aux stipulations sous des conditions impossibles (*p*), comme à la promesse d'actes contraires aux mœurs ou aux lois (*q*).

Plusieurs des textes cités mentionnent l'ignorance du créancier, à côté de l'impossibilité d'exécution (*r*). Ce rapprochement a trompé plusieurs jurisconsultes, et leur a fait croire que cette ignorance était la condition de la nullité de l'acte, si bien que, par opposition à ce cas, la stipulation dut être valable, si le créancier avait eu connaissance de l'impossibilité. Mais il est loin d'en être ainsi; bien au contraire, la connaissance du créancier ne pouvait être qu'un obstacle nouveau, et encore plus fort, à la validité de la stipulation (*s*). Cette mention n'était probablement destinée qu'à rendre saisissable pour le lecteur l'hypothèse d'une convention si peu raisonnable; peut-être aussi devons-nous l'entendre en ce sens que la

(*o*) *L.* 35 *pr. de V. O.* (45, 1). « Si stipulor, ut id fiat, quod natura fieri non concedit, non magis obligatio consistit quam cum stipulor ut detur, quod dari non potest... » § 1, 2 *J. de inut. stip.* (3, 19). *L.* 1 § 9 *de O. et A.* (44, 7).

(*p*) *L.* 1 § 11, *L.* 31 *de O. et A.* (44, 7). Ici la vente se trouve aussi mentionnée à côté de la stipulation.

(*q*) *L.* 26, *L.* 27 *pr. de V. O.* (45, 1), *L.* 15 *de cond. inst.* (28 7).

(*r*) § 1 *J. de inut. stip.* (3, 19). « veluti Stichum, qui mortuus sit *quem vivere credebat...* » § 2 *J. eod. quem servum esse credebat...* » *L.* 1 § 9 *de O. et A.* (44. 7). « naturali ratione inutilem esse stipulationem, veluti si de homine libero... facta sit stipulatio, inter eos qui ignoraverint eum hominem liberum esse... »

(*s*) *L.* 31 *de O. et A.* (44, 7).

stipulation était nulle, quoique le créancier ignorât l'impossibilité (*t*) : on aurait pu en douter, en se reportant à la décision différente donnée en cas de vente, et dont il va être question maintenant.

La même règle, qui gouverne la stipulation, s'applique aussi à la vente, et même d'après les termes apparents de quelques textes, qui parlent en général d'une manière aussi absolue qu'en cas de stipulation (*u*).

Mais ce n'est là qu'une apparence. Car beaucoup d'autres textes, entrant plus avant dans les détails, s'accordent au contraire à proclamer la différence parfaitement tranchée qui suit. — Ou le créancier, qui doit acquérir le droit (ici par conséquent l'acheteur), ignore l'impossibilité, ou il la connaît. Et cette distinction n'a point exclusivement trait à la vente; il faut encore la faire pour toutes les conventions de même nature, comme l'échange, la dation en paiement, etc. (*v*).

Dans le premier cas, quand le créancier ignore l'impossibilité, le contrat est valable, et l'ache-

(*t*) Vinnius in § 2 *J. de inut. stip.* n. 3.

(*u*) *L.* 15 *pr. de cont. emt.* (18, 1). « Etsi consensum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit, *nulla emtio est.* » — De même, *L.* 34 § 1 *eod.* « ... *nulla venditio est.* »

(*v*) *L.* 4, *L.* 29 *C. de evict.* (8, 45). Absolument comme pour l'éviction, c'est-à-dire pour la vente d'une chose qui n'appartient pas au vendeur, mais à un tiers.

teur doit une indemnité pour la chose qu'il ne peut procurer directement. Quant à la connaissance du vendeur, elle est tout à fait indifférente; peu importe qu'il soit ou non averti de l'impossibilité (*w*).

Dans le second cas, lorsque le créancier connaît l'impossibilité, la convention est inexistante, et il ne peut réclamer d'indemnité (*x*). — Sur la même ligne que la connaissance réelle du créancier, se place une ignorance telle qu'elle ne peut résulter que d'une négligence grossière de sa part (*y*).

Si nous comparons à ces règles les règles absolues et toutes différentes de la stipulation, nous devrons reconnaître que leur raison et leurs limites se trouvent dans le caractère bilatéral, et aussi *bonæ fidei* de la vente et des contrats analogues.

L'acheteur qui ignore l'impossibilité peut encore être trompé par le vendeur sur d'autres points,

(*w*) § 5 *J. de emt.* (3, 23), *L.* 4, *L.* 62 § 1 *de cont. emt.* (18, 1). — *L.* 70 *de cont. emt.* (18, 1). *L.* 39 § 3 *de evict.* (21, 2), *L.* 25 *C. eod.* (8; 45). Les trois derniers textes cités mentionnent aussi expressément le cas où le vendeur ignorait de son côté la situation de la chose.

(*x*) *L.* 6 *pr.*, *L.* 34 § 2. *L.* 57, § 3. *L.* 70 *de cont. emt.* (18, 1).

(*y*) *L.* 15 § 1 *de cont. emt.* (18, 1). « Ignorantia emtori prodest, quæ non *in supinum hominem* cadit. » Sur la *supina ignorantia* et la *negligentia crassa* Cf. *L.* 6 *de jur. et facti ign.* (22, 6). — La confusion d'un homme libre avec un esclave pouvait en particulier se présenter facilement (*L.* 5 *de contr. emt.* (18, 1); aussi est-ce le cas d'ignorance de l'acheteur le plus souvent mentionné. Mais c'est bien à tort que quelques auteurs ont voulu en profiter pour restreindre la règle entière à ce cas, qui est réuni dans la L. 4 *eod.* avec plusieurs autres cas, sans aucune distinction entre eux.

et dans ce cas l'obligation où se trouve celui-ci de l'indemniser, est particulièrement évidente. Plusieurs textes mentionnent même l'*emtor* deceptus (*z*). Mais ce serait une erreur que de voir dans le dol de la part du vendeur le principe et la condition de son obligation d'indemniser l'acheteur. Une première raison pour rejeter cette idée, c'est que cette obligation existe même au cas où le vendeur ignore l'impossibilité d'exécuter (note *w*). Peut-être la mention de l'*emtor deceptus* a-t-elle simplement été prise à titre d'exemple, parce qu'en cas de dol, l'obligation de l'indemniser est particulièrement incontestable. On peut aussi attribuer simplement à l'expression *deceptus*, comme dans plusieurs autres textes, le sens indéterminé d'acheteur trompé, qui laisse indécis le point de savoir si l'erreur a ou non pour cause la mauvaise foi du cocontractant (*aa*).

Si nous cherchons à rattacher les règles et distinctions que nous venons d'exposer pour la vente et les conventions analogues, aux principes de

(*z*) § 5 *J. de emt.* (3, 23). « si pro privatis vel profanis *deceptus a venditore* emerit, habebit actionem ex emto... » *L.* 62 § 1 *de contr. emt.* (18, 1), « ... quod interfuit ejus, *ne deciperetur.* »

(*aa*) Cf. *L.* 18 *de his qui not.* (3, 2). « Ea quæ *falsa existimatione decepta est...* » De même aussi dans d'autres textes. Dans la L. 7 § 1 *de except.* (44, 1), s connue, se trouvent les expressions : « quod si *deceptus sit in re* « Cf. Savigny, Vermischte Schriften (Mélanges), t. 2, p. 342. et Système, t. 7, § 335, *k*.

droit voisins qui régissent ces mêmes espèces de conventions, nous troverons une analogie incontestable dans la théorie de la garantie pour cause d'éviction. Il est vrai que l'éviction, d'après son essence, diffère complétement du cas ici examiné d'impossibilité objective, où l'on ne saurait jamais trouver le principe de l'éviction *(bb)*. Mais les règles de droit qui s'y appliquent sont parfaitement identiques à celles que nous venons d'exposer. — La bonne ou la mauvaise foi du vendeur est également indifférente en ce qui touche la garantie pour cause d'éviction. Au contraire, l'obligation n'existe pas, si l'acheteur sait qu'un tiers a le drot de l'évincer *(cc)*.

§ 82.

II. DÉLIT. A. IDÉE DE L'OBLIGATION QUI EN DÉRIVE. SES DIFFÉRENTES ESPÈCES.

Comme les deux sources les plus générales et les plus importantes des obligations, nous avons indiqué plus haut : les contrats et les délits

(bb) En effet, la raison qui empêche l'acheteur d'obtenir la possession permanente de la chose se trouve simplement dans sa situation (personnelle) défectueuse en droit vis-à-vis de la chose.

(cc) *L.* 27 *C. de evict.* (8, 45). *L.* 7 *C. comm. utr. jud.* (3, 38).

(§ 51). Jusqu'ici il a été question des contrats (§ 52-81), maintenant nous allons nous occuper des délits comme deuxième source des obligations au point de vue des idées et des règles de droit qui leur sont communes (*a*).

Tout délit a son principe dans une violation du droit; on pourrait, par suite, être tenté de définir les obligations résultant des délits, comme étant les obligations résultant de violations du droit. Mais il s'en faut de beaucoup que la plupart des violations du droit donnent naissance à des actions spéciales et indépendantes; elles n'amènent que la simple protection du droit, c'est-à-dire la cessation ou la réparation qui doit intervenir, lorsque les vraies limites du droit, entre deux personnes, ont été transgressées par l'une d'elles. Cette protection du droit sera le plus souvent assurée par une action ou une exception, suivant que le besoin de la cause exigera l'un ou l'autre; dans bien des cas ce sera simplement une exception, et non pas une action. La protection du droit consiste donc dans le retour de l'état de fait aux vrais principes du droit, dans l'anéantissement d'une domination exercée par une personne qui n'en a

(*a*) Cf. Système, t. 5 § 210, 211, 212. — Puchta, Pandekten, § 230, 261, et Vorlesungen (Cours publics), § 230, 261.

pas le droit, domination que nous pouvons ainsi qualifier : un avoir injuste, illégitime.

La simple protection du droit que nous venons de décrire correspond à l'idée de droit d'action, dont nous nous sommes déjà occupés ailleurs (*b*); elle est complétement indépendante et de l'intention de l'offenseur et de sa connaissance des faits.

Comme cas pouvant servir d'exemples de ces moyens de simple protection du droit, et bien différents des délits, nous pouvons citer les suivants : les actions qui dérivent de la propriété, des servitudes, du droit d'hypothèque; de plus, celles qui dérivent du prêt, de la vente et des autres contrats. Ces dernières actions peuvent être citées, sans distinguer si elles s'appliquent au refus d'exécuter le contrat, ou aux modifications apportées par dol, faute ou demeure à la teneur primitive du contrat.

En conséquence, pour passer de l'idée de violation du droit à l'idée de délit, à laquelle nous allons arriver, il nous faut ajouter à cette première idée un complément essentiel.

Nous devons donner le nom de délit à toute violation du droit qui engendre une action propre et particulière, indépendante de l'anéantissement

(*b*) Cf. Système, t. 5, § 205.

déjà cité de l'avoir illégitime. — Là gît la différence entre les obligations résultant des délits, et les simples droits d'action. Cependant tous deux se ressemblent en ce que leur présence suppose un trouble apporté à un état de choses conforme au droit, et est destinée à combattre ce trouble.

Les obligations résultant de délits sont la plupart du temps sanctionnées par des actions spéciales; dans quelques cas assez rares, par de simples exceptions (c).

Elles se distinguent des autres obligations en ce qu'elles peuvent toujours être rattachées à une intention contraire au droit, qui peut consister, ou dans la volonté de commettre une violation du droit (dolus) ou dans le défaut de la diligence (culpa), exigée dans toute opération juridique. Elles supposent donc nécessairement la possibilité d'imputer l'acte à la personne du débiteur (d).

Les actions résultant des délits s'appellent actions pénales, *pœnales actiones*, parce qu'on aperçoit toujours en elles, à un certain point de vue, la nature d'une peine. Cette peine s'y montre sous les différentes formes qui suivent.

D'abord en ce que l'offenseur doit payer à l'offensé une somme d'argent, indépendamment de la

(c) Par exemple : les *exceptiones doli* et *metus*.

(d) Cf. Système, t. 3, § 108, p. 41 (p. 42 trad.).

réparation qui compensera l'offense elle-même, et s'obtiendra, peut-être même a déjà été obtenue par une autre voie (souvent par une autre action). Dans ce cas l'offenseur se trouve plus pauvre qu'il ne l'était avant l'offense, de la somme qu'il débourse, et dont l'offensé se trouve en revanche d'autant plus riche. La somme à payer est la peine privée, qui amène des deux côtés un changement dans l'étendue du patrimoine.

Ensuite en ce que l'offenseur doit à l'offensé, en raison du délit, réparation du préjudice qui est résulté de la violation du droit. — Dans ce cas l'offensé ne devient ni plus riche, ni plus pauvre qu'il ne l'était avant le délit. Mais l'offenseur doit dans tous les cas réparer le préjudice causé, même dans celui où il ne doit retirer du délit aucun avantage, ou seulement un avantage minime en comparaison de la réparation. Donc, par suite de l'action, l'offenseur peut (il ne doit pas toujours et nécessairement) devenir plus pauvre qu'il ne l'était avant le délit. C'est à cause de cette éventualité que l'action est considérée comme une peine au profit de l'offensé, et que ces cas d'application des actions résultant des délits doivent être comptés parmi les actions pénales (*e*).

(*e*) Ce rapport apparaît on ne peut plus clairement dans la *doli*

Pour distinguer nettement l'une de l'autre ces deux applications des actions résultant des délits, j'appellerai les premières : actions pénales bilatérales, et les secondes : actions pénales unilatérales.

Si nous comparons avec ces deux espèces d'actions pénales, les actions mentionnées plus haut qui ont pour effet exclusif le maintien ou le rétablissement d'une situation juridique, et sont par suite de simples moyens de protection du droit, nous obtiendrons les trois classes d'actions suivantes :

Actions conservatrices (de l'état antérieur);

Actions pénales unilatérales;

Actions pénales bilatérales.

Chacune de ces classes d'actions a pour but de sanctionner une classe correspondante d'obliga-

actio. Une personne perd cent par le dol d'une autre; elle obtient le remboursemont de ces cent; elle reste donc dans la même position de fortune qu'avant le dol. Quant à l'auteur du dol, il a peut-être par là gagné ces mêmes cent, que la victime du dol a perdus, peut-être seulement cinquante, peut-être rien du tout, s'il a trompé par malice, non par cupidité. Dans le premier cas, il ne devient nullement, par suite de l'action, plus pauvre qu'il ne l'était avant le dol; dans le second cas il s'appauvrit de cinquante, dans le troisième cas, de cent. C'est alors à titre de peine que toute la somme peut lui être demandée.

tions. Les actions des deux premières classes concordent vers un but commun : rétablir au profit du créancier une situation juridique altérée, le protéger par suite contre une diminution de son patrimoine; celles de la troisième classe tendent à une peine privée, et, par suite, à l'extension de la situation juridique du créancier lésé.

Par quels moyens de droit spéciaux peuvent être poursuivis ces différents buts; c'est là une question secondaire qui doit être traitée différemment pour chaque délit en particulier. Celui qui a été lésé par un vol a une action conservatrice (la *condictio furtiva*), au moyen de laquelle il recouvrera la chose volée ou sa valeur; mais, en outre, il a une action pénale bilatérale (la *furti actio*) pour obtenir une véritable peine privée. — En cas de brigandage ou vol avec violence, une seule et même action (l'*actio vi bonorum raptorum*) sert à la fois comme action pénale unilatérale et bilatérale. Celui qui a été dépouillé recouvre par elle la chose ravie ou sa valeur, et, en outre, comme simple peine privée, la triple valeur du bien ravi (*f*). — Les actions qui tendent vers ce double but s'appellent *mixtæ actiones;* mais il serait illogique de vouloir en faire une quatrième classe d'actions,

(*f*) § 18, 19. *J. de act.* (4, 6).

puisque ce nom indique seulement cette particularité qu'elles s'appliquent à plusieurs cas.

A ce point de vue les obligations résultant des délits peuvent être regardées comme synonymes des actions pénales qui servent à les faire valoir. Cette idée est parfaitement exacte pour la plupart et les plus importantes de ces obligations, mais non pour toutes; car il y a aussi plusieurs obligations résultant de véritables délits, dont les conséquences, qui peuvent cependant consister proprement en une peine privée, peuvent aussi être poursuivies par des formes et moyens de droit tout autres que des actions proprement dites; ceci se rencontre spécialement pour les délits qui se rattachent au droit des actions et à la procédure.

Dans cette classe rentrent plusieurs des cas où l'on se fait justice à soi-même; quand un créancier emploie ce procédé contre le débiteur, il est puni par la perte de sa créance (*g*). Cette peine privée est donc sanctionnée non par une action, mais bien par une exception. — Quand, dans une action sur la propriété, le possesseur nie sa possession, il est puni par la perte de cette possession qu'il

(*g*) *L.* 12 § 2. *L.* 13 *quod metus* (4, 2) « jus crediti non habebit. » *L.* 7 *ad. L. Jul. de vi priv.* (48, 7).

doit transférer au demandeur, si bien que c'est à lui qu'incombe alors le rôle de demandeur (*h*). Cette peine n'est donc pas sanctionnée par une action propre, mais à l'occasion d'une autre qui se trouve être une action conservatrice. — Quand, à l'inverse, un non-possesseur se donne de mauvaise foi pour le possesseur, il doit se soumettre, à titre de peine, à jouer ce rôle de possesseur, et à défendre à l'action en revendication. Il en est de même quand le véritable possesseur abandonne de mauvaise foi la possession, uniquement en vue de rendre plus difficile, ou même impossible à celui qui veut intenter la revendication, la poursuite du droit auquel il prétend (*i*). — Il y a quelques actions où le défendeur, qui nie de mauvaise foi les faits, doit payer, à titre de peine, le double de la valeur du litige (*k*). Ici la peine n'est donc point poursuivie par une action particulière, mais par l'action principale, qui amène seulement, à raison du délit une condamnation plus élevée.

Avec l'idée d'action pénale ne doit pas être confondue l'idée d'action de vindicte (*l*). Par là on doit

(*h*) *L.* 80 *de rei vind.* (6, 1).

(*i*) *L.* 25, *L.* 27 § 3 *de rei vind.* (6, 1), *L.* 131, *L.* 157 § 1 *de R. J.* (50, 17). Ce sont les deux cas de *ficta possessio.*

(*k*) § 26 *J. de act.* (4, 6), Gaius, Lib. 4, § 9, 171; Paulus, I, 19. Cf. Puchta, Pandekten, § 271.

(*l*) Cf. Système, t. 2, § 73, t. 5, § 212 p. 60 (p. 65 trad.).

entendre les actions qui ont pour résultat tantôt une peine tantôt un autre droit se rapportant aux biens; mais ce n'est pas comme but, c'est en le considérant seulement comme moyen et procédé qu'on poursuit ce résultat ; le but étant un but de moralité, ou même d'intérêt public. Ces actions peuvent être en même temps des actions pénales proprement dites, et la plupart ont même ce caractère; ainsi l'action d'injures, et de plus toutes les actions populaires (*m*). Mais il y en a aussi qui ne peuvent être intentées que comme actions pénales: ainsi la *inofficiosi querela* et l'interdit *quod vi aut clam*.

§ 83.

II. DÉLIT. — B. PEINES PRIVÉES.

Parmi les obligations résultant des délits, dont nous nous occupons actuellement, il s'en trouve une qui réclame de préférence un examen plus attentif. Bien des doutes et des controverses se sont, en effet, élevés à son sujet parmi nos auteurs. C'est l'obligation à une peine pri-

(*m*) La nature propre des actions populaires va être discutée (§ 83). C'étaient des actions pénales, bien qu'elles n'eussent pas pour principe une obligation.

v é e. Nous avons déjà dit qu'elle se poursuivait chez les Romains au moyen d'une action pénale bilatérale (§ 82).

Cette obligation appartient par son but, la peine, à ce grand domaine du droit criminel, qui constitue une branche spéciale du droit public (*a*). Je ne veux pas dire qu'elle a simplement avec lui de l'analogie et de l'affinité, mais qu'elle présente une double nature et appartient véritablement à deux divisions du droit : au droit criminel par son principe et son but; au droit privé par sa forme et ses effets.

Mais pour arriver à une conception plus complète du rapport entre l'obligation que nous venons de désigner et le droit criminel proprement dit, tel qu'il figure dans le droit actuel, il est nécessaire d'examiner plus attentivement la nature générale du droit criminel.

Le b u t de la peine peut être défini de plusieurs manières très-différentes ; et chacune de ces définitions présente une exactitude relative, mais secondaire. Pour nous, nous devrons considérer comme but principal la réparation judiciaire; mais à côté d'elle, les buts suivants revendiquent aussi notre attention : d'abord l'intimidation, qui se

(*a*) Cf. Système, t. 1, § 9, note *c*.

produira de deux manière; intimidation par la menace légale d'une peine, et intimidation par la peine infligée elle-même ; ensuite l'amélioration du coupable; enfin la répression de la vengeance et de la justice privées, causes de troubles pour l'ordre légal, qui dominent surtout aux époques où la société n'a encore atteint qu'un développement incomplet. — Tels sont les buts auxquels tendent aussi bien les peines privées que les peines publiques ; c'est particulièrement le dernier de ces buts (là répression de la vengeance privée) qu'on poursuivait par les compositions du vieux droit allemand, comme par les peines privées romaines (*b*).

Les pénalités, c'est-à-dire les châtiments qui constituent l'exécution de la peine, sont en général fort variables. A cette catégorie appartiennent la mort, les restrictions apportées à la liberté (par emprisonnement, travail forcé, exil), la privation des droits politiques, la privation totale ou partielle du patrimoine.

L'obligation à une peine privée ne consistait

(*b*) Déjà les Douze Tables, à propos de la *furti* et de *l'injuriarum actio*, faisaient cette réserve expresse que le simple pacte suffisait pour écarter la peine, d'où même dans le dernier état du droit le pacte éteignait dans ces cas l'action *ipso jure*, non (comme dans les autres cas) seulement *per exceptionem*. *L* 17 § 1 *de pactis* (2, 14); Gellius, xx, 1, Festus, *v. Talio*.

dans le droit romain, sauf un petit nombre d'exceptions appartenant au très-ancien droit (c), qu'en somme d'argent que l'offenseur devait payer à l'offensé ; par là celui-là devenait plus pauvre, celui-ci plus riche, qu'ils ne l'étaient tous deux avant le délit. Plusieurs motifs peuvent avoir concouru à faire établir ce principe, et à lui donner son extension et sa signification. L'appât de l'argent devait exciter l'offensé à intenter l'action, et à faire ainsi infliger la peine, dans l'intérêt public de la justice. C'est par là que la vengeance privée devait être le plus sûrement réprimée.

Les actions populaires avaient avec les cas déjà mentionnés cette analogie que le défendeur devait payer au demandeur une peine privée en argent (d). Mais elles n'avaient point pour principe une obligation, puisqu'elles ne supposaient pas deux personnes individuellement placées, comme offenseur

(c) D'après les Douze Tables, la peine fixée pour l'*actio furti manifesti* était, quand le voleur était un homme libre, la flagellation et l'addiction au volé; quand c'était un esclave, la flagellation et la mort par précipitation (Gellius, XI, 18); l'addiction produisait aussi d'ailleurs un enrichissement. La peine fixée pour l'action d'injures un cas de rupture ou d'amputation d'un membre (*membrum ruptum*) était le talion. exclusif de tout enrichissement (Festus, *v. Talio*). Mais ces peines furent abolies de très-bonne heure, et il ne resta plus que des peines privées pécuniaires.

(d) Il se présente cependant un cas où la peine de cent *aurei* était comptée moitié au demandeur, moitié à la caisse de l'Etat ; c'est le délit prévu par le *Sc. Silanianum*, *L.* 25 § 2 *de Sc. Silan.* (29, 5). Dans un autre cas, la peine tout entière va à l'Etat. *L.* 3 *de term.* (47, 21).

et offensé, l'une vis-à-vis de l'autre (*e*); le demandeur exerçait simplement un droit civique général, pour protéger, par le moyen de la peine, un intérêt public (de politique, de police, de moralité) (*f*). Quand, dans ces sortes de cas, une personne était spécialement offensée et intéressée, l'action n'en restait pas moins une action populaire; la partie intéressée avait seulement le droit d'être préférée à tout demandeur non intéressé qui aurait intenté l'action en même temps qu'elle (*g*).

Quant à la juridiction compétente, notre ordre d'idées actuel n'exige que la remarque suivante. Pour les crimes et les peines publiques, la judicature a successivement passé, chez le peuple romain, par des formes très-différentes, et elle a été souvent modifiée. A l'époque de la constitution républicaine furent rendus un grand nombre de plébiscites, qui fixèrent, pour des délits particuliers, la manière de procéder sous des

(*e*) *L.* 11, *L.* 12 *pr. de V. S.* (50, 16). Celui qui exerce une *actio ex delicto*, est *creditor* de son adversaire; celui qui exerce une actio ex *populari causa* ne l'est pas. Il le devient cependant par la litiscontestation, parce qu'elle engendre une obligation.

(*f*) *L.* 1 *de pop. act.* (47, 23). « Eam popularem actionem dicimus *quæ suum jus populi tuetur.* » L. 43 § 2 *de proc.* (3, 3). « In popularibus actionibus, *ubi quis quasi unus ex populo agit*... » Les cas d'application se trouvent dans les textes suivants : *L.* 7-9 *de jurisd.* (2, 1), *L.* 5 § 6, 13 *de his qui effud.* (9, 3), *L.* 3 *pr.* § 10, 12 *de sep. viol.* (47, 12), *L.* 3 *pr. de term.* (47-21), *L.* 40-42 *de ædil. ed.* (21, 1).

(*g*) *L.* 3 § 1, *L.* 6 *de pop. act.* (47, 23).

préteurs spéciaux, et aussi, en grande partie, la peine. Ces instances furent appelées *publica judicia*, les délits qu'elles réprimaient *publica crimina*. Mais à côté d'eux subsista un nombre toujours croissant de délits soustraits à ces règles et désignés par l'expression d'*extraordinaria crimina*.

A cet égard, les actions populaires différaient complétement des actions pénales, et aussi des actions qui sanctionnaient les obligations résultant des délits. Ces deux sortes d'actions étaient portées devant la juridiction civile ordinaire, c'est-à-dire devant la même juridiction que les contestations sur la propriété et les contrats. Elles étaient donc placées sous la direction du préteur civil, et la procédure à suivre comportait beaucoup moins de changements que la procédure applicable aux délits et aux peines publiques.

Une étude plus importante, dans notre ordre d'idées, que celle de la juridiction compétente, est celle des personnes dont l'impulsion provoquait la procédure pénale. En général, on peut concevoir ce point organisé d'une double manière. Cette impulsion peut être placée dans les mains d'officiers publics (c'est la marche suivie dans les temps modernes); mais elle peut

aussi être laissée à l'initiative des particuliers (*h*). C'était là l'ancienne règle romaine. Elle s'appliquait aux poursuites relatives aux délits et aux peines publiques, et considérées comme un devoir civique commun ; de manière cependant que, dans la plupart des cas, un accusateur intéressé au délit pouvait réclamer la priorité sur toute personne non intéressée, quand tous deux poursuivaient l'action en même temps. Cette règle s'appliquait d'autant mieux aux actions pénales qui sanctionnaient les obligations résultant des délits, que ces actions, naturellement, ne pouvaient être intentées que par l'offensé. Mais elle s'appliquait aussi même aux actions populaires ; dans ce cas, la priorité était encore acquise au demandeur intéressé sur le demandeur non intéressé (note *g*).

D'ailleurs, on rencontre déjà dans le droit romain postérieur des cas où la poursuite des délits ne peut être exercée que par des officiers publics. Mais cette procédure n'apparaît que d'une manière restreinte, et seulement comme exception à la règle (*i*).

Si nous embrassons dans un coup d'œil général les points de comparaison que nous venons de

(*h*) Cf. Système, t. 1, § 9, note *c*.

(*i*) Biener, Beitraege zur Geschichte des Inquisitions Prozesses (Documents pour l'histoire de la procédure inquisitoriale), chap. 2.

présenter entre les peines privées qui dérivaient des obligations résultant des délits, et les peines publiques résultant directement du délit, nous trouverons que la différence essentielle qui les sépare ne consiste pas dans la peine pécuniaire : celle-ci se retrouve, en effet, dans plusieurs délits publics (*k*); ni dans l'enrichissement du demandeur : cet enrichissement se présente également dans les actions populaires, qui, pour la forme, se rapprochent davantage des accusations résultant de délits publics. La différence essentielle consiste en ce que, dans les obligations résultant des délits, la mise en action de la procédure pénale n'a pas pour principe un droit et un devoir communs à tous les citoyens, mais la libre résolution de l'offensé, de l'arbitraire duquel il dépend de poursuivre l'action pénale, ou de la laisser tomber, et qui peut exercer ainsi une espèce de droit de grâce.

Sous le gouvernement impérial, il s'introduisit un notable changement dans le système des peines privées; ce changement paraît même avoir

(*k*) Exemples : *L.* 2 § 2 *de L. Julia de ann.* (48, 12), *L.* 4 § 5 *ad L. Jul. pecul.* (48, 13), *L.* 6 § 2, *eod.*, *L.* 13 *eod.*

commencé un peu plus tôt, car, au temps des jurisconsultes classiques, il nous apparaît comme bien arrêté. Les peines privées durent se montrer souvent inefficaces, notamment lorsque l'offenseur était une personne sans honneur ni fortune (*l*); en même temps, le motif qui les avait fait établir, la crainte des vengeances privées, dut paraître moins puissant, à mesure que l'influence gouvernementale se développa davantage, et que les mœurs devinrent généralement plus douces. De là vint la nouvelle règle suivante, à la place de celle exposée jusqu'ici, et qui avait régné dans les temps anciens. Toute personne qui pouvait, par suite d'un délit, réclamer une peine privée, avait maintenant le choix ou de faire valoir cette action, comme antérieurement, devant le juge civil, ou de se présenter devant le juge criminel, comme accusateur dans un *extraordinarium crimen*. Choisissait-il ce dernier moyen, le juge criminel devait dans tous les cas pourvoir d'abord à la réparation du dommage causé (par exemple à la restitution de la chose volée); mais il était laissé complétement à l'appréciation du juge de savoir

(*l*) *L.* 35 *de injur.* (47, 10). « Si quis injuriam atrocem fecerit, *qui contemnere injuriarum judicium possit ob infamiam suam et egestatem*, prætor acriter exequi hanc rem debet, et eos, qui injuriam fecerunt, coercere. »

quelle peine publique il devait en outre prononcer. La voie de l'action pénale devant le juge civil était alors fermée (*m*).

Les remarques suivantes pourront servir à mettre dans tout son jour cette importante innovation.

Elle est d'abord appliquée expressément et avec une énergie particulière, au vol (*n*), et à l'injure (*o*). Mais, en outre, elle est aussi proclamée comme règle générale pour les actions pénales qui dérivent des obligations résultant des délits (*p*).

Nous pouvons écarter complétement en ce moment la question compliquée de savoir comment doit se régler la concurrence entre plusieurs actions résultant de délits et de peines publiques, et aussi la question de savoir si un seul et même fait matériel comporte en soi l'idée de plusieurs violations du droit, et par suite peut tomber en même temps sous l'application de différentes lois pénales (*q*). Nous voulons au contraire nous res-

(*m*) *L.* 56 § 1 *de furtis* (47, 2).

(*n*) *L.* 56 § 1, *L.* 92 *de furtis* (47, 2).

(*o*) § 10 *J. de injur.* (4, 4), *L.* 6, *L.* 45 *de injur.* (47, 10).

(*p*) *L.* 3 *de priv. delictis* (47, 1). La généralité apparente de ce texte ne doit cependant pas être prise à la lettre; il ne désigne que les actes qui avaient une nature criminelle. Pour un *damnum injuria datum*, personne ne pouvait prétendre à exercer un *extraordinarium crimen*, et cependant l'*actio L. Aquiliæ* naissait certainement *ex maleficio*.

(*q*) Cf. Savigny, Vermischte Schriften (Mélanges), t. 2, Num. xxxvii, et Système, t. 5, § 234. — La théorie que j'expose ici est combattue en détail par Vangerow, § 572.

treindre au simple cas auquel se rapporte en droit romain la nouveauté que nous signalons. Il faut donc supposer un cas où le même fait matériel n'offre de culpabilité qu'à un seul point de vue; il s'agira, par exemple, d'un vol simple. En pareil cas, l'offensé aura le choix entre l'action ayant pour but une peine privée, et l'accusation ayant pour but une peine publique, à la suite d'un *extraordinarium crimen*.

Si l'on considérait cette innovation d'une manière abstraite, si bien que toutes les obligations résultant de délits dont nous nous sommes occupés jusqu'ici devinssent en même temps des *extraordinaria crimina* dans la pleine acception du mot, l'offenseur devrait alors s'attendre à voir l'offensé intenter contre lui l'action pénale devant le juge civil, et, d'autre part, quelque étranger l'accuser devant le juge criminel, de façon qu'il serait frappé d'une double peine, car il n'est pas dit expressément que, dans ces cas, le droit commun à tous citoyens de poursuivre l'accusation devant le juge criminel n'existe plus. Mais l'esprit de l'innovation conduit certainement à permettre à l'offensé exclusivement d'exercer le choix dont il s'agit; et les expressions du texte qui consacre d'une manière générale cette nouvelle règle (note *p*), confirment complétement cette

manière de voir. De plus, l'admission d'une double peine pour un vol simple, ou un autre délit privé également simple, serait entièrement en opposition avec les principes généraux, et ne pourrait se justifier par aucun motif, même apparent. — Nous ne trouvons qu'un seul cas où la peine publique existe encore à côté de la peine privée. Quand un fermier d'impôts perçoit un impôt indûment, il doit, en outre de la restitution de l'argent perçu, fournir comme peine le triple, ou le simple de la somme, suivant qu'il a ou non employé la violence pour commettre son délit. Et de plus, il est encore soumis à une peine publique arbitraire (*r*). Mais ici, il est tout à fait évident qu'il n'a pas commis une violation de droit simple, mais qu'il a au contraire réuni dans un seul et même fait matériel deux violations du droit très-différentes, dont chacune mérite une peine entière (note *q*). Car le fermier d'impôts a lésé d'abord le droit de la personne privée, dont il a pris arbitrairement l'argent, ensuite l'intérêt de l'Etat, que compromet toujours l'exercice illégal des prérogatives confiées par lui. Le texte

(*r*) *L.* 9 § 5 *de publicanis* (39, 4). « Quod illicite publice privatimque exactum est, cum altero tanto passis injuriam exsolvitur : per vim vero extortum cum pœna tripli restituitur. Amplius extra ordinem plectuntur : alterum enim utilitas privatorum, alterum vigor publicæ disciplinæ postulat. »

cité (note *r*) distingue et reconnaît clairement ce double effet de l'acte.

La peine publique, ainsi placée à côté de la peine privée, au choix de l'offensé, paraît avoir mieux répondu aux nécessités de l'époque récente que la peine privée. Au moins les anciens jurisconsultes remarquent-ils que, de leur temps, la peine publique est plus fréquemment appliquée (*s*). C'est ainsi que l'ancien système des peines privées nous apparaît dans une certaine mesure comme évanoui.

Tel est l'état où nous trouvons les peines privées dans le droit de Justinien ; et ce droit est la source d'où l'Allemagne les a reçues.

En Allemagne existait, à une époque très-ancienne, un système de peines privées dont l'application avait reçu beaucoup plus d'extension que chez les Romains. Les anciennes lois populaires contiennent en grande partie des tableaux de peines pécuniaires, évidemment destinées à écarter les vengeances privées. Ces compositions des lois populaires ont incontestablement cessé de bonne heure d'être en usage. A leur place s'est déve-

(*s*) *L.* 92 *de furtis* (47, 2). « Meminisse oportebit, nunc furti *plerumque* criminaliter agi, et eum, qui agit, in crimen subscribere... » *L.* 45 *de injur.* (47, 10) « De injuria nunc extra ordinem ex causa et persona statui *solet*... »

loppé un système progressif de droit criminel, basé sur des peines publiques, et perfectionné dans la première moitié du seizième siècle par une grande loi de l'Empire, et depuis, à l'envi, par les législations d'Etats isolés. De plus, la procédure criminelle a été perfectionnée et assise sur le principe de l'action d'officiers publics.

En cet état de choses, aurait dû surgir depuis longtemps la question de savoir comment le système romain des peines privées, combiné avec le droit d'option de l'offensé, que nous avons exposé plus haut, s'était maintenu dans la législation criminelle du pays, qui a suivi une toute autre direction.

Cette question, touchant la persistance et la validité des peines privées romaines, question de tout temps traitée et vivement controversée, va être étudiée maintenant.

§ 84.

II. DÉLIT. B. PEINES PRIVÉES, DROIT ACTUEL.

AUTEURS (*a*) :

Thomasius, de usu actionum pœnalium. Halæ, 1693, (Diss. vol. 1, nº 20).

(*a*) Les trois premiers de ces auteurs nient que les peines pri-

Gonne, de pœnis lucro actoris cedentibus. Erlangæ, 1747.
Glück, t. 3, p. 551.
Gruner, de pœnis Romanorum privatis. Lips., 1805.

La controverse ne concerne pas les actions unilatérales : personne ne doute, par exemple, que l'*actio legis Aquiliæ* ne soit encore en vigueur aujourd'hui, en tant qu'elle procure la simple réparation du dommage causé (*b*). La controverse ne touche donc qu'aux peines privées. — Elle laisse même de côté quelques actions qui, bien qu'étant accordées au double, ne le sont pas comme peines, mais comme estimation spéciale et positive de l'intérêt de la personne lésée. A cette classe appartient l'*actio de tigno juncto* contre le possesseur de bonne foi d'une construction qui contient des matériaux appartenant à autrui (*c*). De même l'*actio de rationibus distrahendis*, qui est accordée, concurremment avec l'*actio tutelæ*, au choix

vées soient encore en vigueur aujourd'hui ; le quatrième l'admet (mais avec des restrictions).

(*b*) Thomasius conteste, il est vrai, C. 3 § 15, la validité de la *doli actio*, non comme étant une action pénale qui tend à un simple dédommagement, mais par ce motif erroné qu'elle ne se rencontrait qu'à côté des *stricti juris actiones*, que nous n'avons plus. Il oublie que cette action ne s'applique pas seulement aux rapports contractuels, mais à tout dol qui cause préjudice à autrui, même indépendamment d'un contrat quelconque.

(*c*) *L.* 7 § 10 *de adq. rer. dom.* (41, 1), L. 23 § 6 *de R. V.* (6 1). Contre le possesseur de mauvaise foi il existe une action pénale. *L.* 1, 2 *de tigno juncto* (47, 3). Cf. Westenberg, de causis oblig. Diss. 6 C. 2, 3. — Au reproche de dureté contre le possesseur de bonne foi, on répond que ce possesseur est libre d'enlever et de rendre les matériaux, en payant les frais de la démolition.

de l'ayant droit, comme représentant simplement son intérêt (*d*), et sans préjudice des actions pénales qui pourraient encore être intentées. Ces actions sont donc encore applicables aujourd'hui, quelle que soit notre décision sur la controverse dans laquelle nous allons pénétrer.

Il faut dire la même chose des actions populaires, qui sont aussi certainement de véritables actions pénales, et même des actions pénales bilatérales ; mais elles ne se fondent pas sur des obligations (§ 83), et, par suite, ne rentrent pas dans le domaine que nous nous sommes tracé pour toute notre étude actuelle. — Il faut décider, par la raison suivante, qu'on ne saurait plus leur attribuer d'application actuelle. Elles étaient, en effet, indissolublement liées à un rapport public des citoyens romains, dont nos idées actuelles (qu'elles soient monarchiques ou républicaines) n'ont conservé aucune trace. Tout citoyen romain, sans distinction, se posait en procureur de l'Etat, poursuivant une peine pécuniaire dans l'intérêt public; et on lui attribuait comme une espèce d'indemnité, pour ce devoir public, la somme objet de la condamnation.

(*d*) *L.* 1 § 19-23, *L.* 2 *de tutelæ* (27, 3), *L.* 55 § 1 *de admin.* (26, 7), Cf. Système, t. 5, p. 58, 59 (p. 63, 64 trad.). — Il est à remarquer que les deux actions ainsi réunies dérivent des Douze Tables.

Même après avoir reconnu les limites ainsi tracées de la présente controverse, son étendue et son importance restent toujours capitales, et sa signification paraît plus grande que dans la plupart des autres controverses qui s'élèvent si souvent sur le domaine du droit romain actuel.

Les motifs invoqués ordinairement par les partisans des deux opinions extrêmes sont d'une nature si abstraite, qu'ils sont peu propres à conduire à une solution finale convaincante.

Des partisans de la validité actuelle des peines privées romaines s'appuient d'abord sur l'admission, que personne ne conteste, du droit privé romain dans son ensemble (*e*); mais la question est précisément de savoir si, dans le cas dont il s'agit, il y a un motif pour faire exception à cette règle. — Ils se fondent ensuite sur quelques décisions dans la jurisprudence qui auraient des peines privées (*f*); mais ces cas sont si rares, qu'ils ne peuvent être invoqués comme témoignage du maintien actuel des peines privées. Dès lors les adversaires de ce système ont de bonnes raisons pour y voir simplement des erreurs de quelques tribunaux (*g*).

(*e*) Gruner, p. 38.

(*f*) Gruner, p. 40.

(*g*) Cf. Système, t. 1, p. 97, 173 à 175 (p. 94, 174-176 trad.). — La

Les adversaires du maintien actuel des peines privées soutiennent qu'elles auraient été abrogées par le non-usage, ou plutôt qu'elles n'auraient jamais été admises en Allemagne avec le reste du droit romain. A supposer même qu'il ne se soit pas présenté un seul cas d'application effective de ces peines, et le contraire vient d'être démontré (note *f*), cette circonstance ne serait pas décisive; car le droit romain n'enjoignait pas directement aux juges d'appliquer les peines privées, il abandonnait cette application à la libre volonté de l'offensé. Si donc il est arrivé par hasard que ces peines n'aient pas été employées, il n'y a là aucun motif pour nier la persistance et la validité de ces règles de droit (*h*). Nous ne serions autorisés à le faire qne si l'on nous montrait des cas où l'offensé aurait réclamé la peine privée, et où le juge la lui aurait refusée. — En second lieu, on fait valoir la raison que les peines privées auraient essentiellement pour but de réprimer la vengeance privée, qu'en raison de nos mœurs nous ne devons plus appréhender (*i*). Mais on répond avec raison que cette considération peut bien déterminer le législateur à abolir les peines privées, mais non

raison la plus spécieuse en faveur de cette opinion, c'est qu'elle est reconnue par la *Carolina*, art. 157, 158. Il va en être question en détail tout à l'heure § (84, *p*).

(*h*) Gruner, p. 42.

(*i*) Gonne, § 31, 32.

le juge à en rejeter l'application, tant qu'elles n'ont point été abrogées par le droit positif (*k*). — Enfin on pourrait faire valoir comme troisième argument que les peines doivent servir à maintenir le caractère sacré du droit, et qu'il serait en contradiction avec les sentiments vrais de la nation allemande que l'offensé arrivât à s'enrichir par elles. Cet argument se réfute très-aisément et très-sûrement ainsi. Dans les anciennes lois populaires allemandes, le système des peines privées était beaucoup plus généralement et plus exclusivement appliqué que dans le droit romain. Une loi de l'Empire, de 1495', menace les perturbateurs de la paix publique d'une amende de deux mille marcs d'or, dont la moitié est acquise à la personne lésée. La même peine est renouvelée dans une loi de l'Empire, de 1548 (*l*). La *Carolina* dispose également, pour le cas de vol, qu'une peine pécuniaire sera payée au volé (note *g*).

Pour arriver plus facilement à la solution finale de la controverse, je chercherai à dégager d'abord la partie de la question dont je crois la décision tout à fait certaine, et à circonscrire ainsi tous les points douteux dans les limites les plus étroites

(*k*) Gruner, p. 44.

(*l*) Neue Sammlung der Reichsabschiede (Nouvelle collection des actes impériaux), part. 2, p. 13, p. 576.

possibles ; dans ce but, je diviserai les délits qui donnent naissance à des peines privées en trois groupes. Dans le premier groupe, je rangerai les délits dont la punition importe principalement à la sûreté publique, et qui étaient rangés, par suite, tout à fait à part, puisque le dernier état du droit romain, à côté de l'ancienne peine privée, accordait une action tendant à obtenir une peine publique, l'offensé choisissant librement entre les deux (§ 83, *p*). A cette classe appartient la nombreuse famille des détournements sous leurs formes si variées. Ici la validité actuelle des peines privées doit être absolument déniée. — Dans le second groupe, je placerai seulement l'injure avec les actions de formes diverses qu'elle engendre ; son caractère particulier exige en effet un examen spécial. Ici la validité actuelle des peines privées doit être certainement admise. — Dans le troisième groupe seront réunis tous les autres délits, pour lesquels on peut considérer comme douteuse la persistance des peines privées, et dont le nombre et l'importance ne sont pas très-considérables.

P r e m i e r   g r o u p e. Détournements avec ou sans violence. A cette classe appartiennent les actions pénales suivantes (*m*) :

(*m*) D'après le point de vue que je viens d'exposer, je ne me pro-

Actio furti manifesti et *nec manifesti.*

— *vi bonorum raptorum* (*n*).

— *furti adversus nautas.*

— *arborum furtim cæsarum.*

— *de tigno juncto*, contre le possesseur de mauvaise foi.

Ces cas donnaient lieu, dans le très-ancien droit, à de simples peines privées ; dans le dernier état du droit, on laissait à l'offensé le choix entre la peine privée et l'accusation tendant à une peine publique ; cette dernière, dans le cours des temps, devint de plus en plus fréquente (§ 83). L'offensé pouvait même négliger ces deux modes de poursuites et laisser ainsi l'offense impunie.

Dans le droit actuel ces principes ont été modifiés : on a établi dans tous les cas une peine publique, et celle-ci n'est plus soumise au bon plaisir de l'offensé, mais à l'intervention officielle du juge. Ce système appartient, quant à ses points principaux, à la *Carolina*. Mais la législation de chaque Etat en particulier, le travail de la juris-

pose pas, dans l'aperçu qui suit, d'épuiser complétement les actions pénales. Cf. d'ailleurs Gruner, p. 20-35. Dans tous ces cas l'objet de la peine est tantôt une valeur simple (en sus de la réparation elle-même), tantôt la double, triple ou quadruple valeur de la chose soustraite ou endommagée.

(*n*) Elle comprend, outre le vol avec violence, le dommage avec violence : est en outre assimilé au cas de violence le pillage ou le dommage commis pendant une émeute ou un incendie, etc., ou exécuté par plusieurs personnes rassemblées dans ce même but.

prudence sur le droit criminel, travail qui est passé dans la pratique, y ont apporté un développement et un perfectionnement beaucoup plus complets.

On peut dire qu'en adoptant ces nouveaux principes on n'a fait que continuer à marcher dans la voie ouverte par le dernier état du droit romain. Car, dans ce droit même, les peines publiques étaient devenues peu à peu prépondérantes, quant aux délits dont il s'agit, et par suite l'ancien système des peines privées était tombé en désuétude (§ 83, *s*).

Mais le système des peines privées romaines serait même complétement incompatible avec l'état actuel du droit, et il faut en nier sans hésitation la validité actuelle, en ce qui touche le groupe dont nous nous occupons, bien qu'elles n'aient jamais été abrogées expressément par une loi ; car, puisque tous ces délits doivent être poursuivis d'office par le juge et punis de peines publiques, l'activité et l'initiative, que le droit romain reconnaissait à l'offensé, sont devenues impossibles. Il ne peut aujourd'hui ni laisser l'acte impuni en refusant d'agir, ni poursuivre une peine privée; car si nous lui accordions cette dernière faculté, ce n'est qu'en apparence que nous appliquerions le droit romain ; en fait, nous arriverions à un

résultat tout autre et en contradiction avec ce droit. Le délinquant aurait alors à supporter deux peines cumulées, la peine privée et la peine publique, ce qui est entièrement contraire au droit romain (*o*).

Mais précisément à propos des plus fréquents et des plus importants d'entre les cas dont il s'agit, la *Carolina* paraît venir au secours de l'application actuelle des peines privées romaines. Elle accorde, en effet, au volé la restitution d'une valeur double ou quadruple, suivant la distinction du *furtum manifestum* et *nec manifestum* (*p*). Il ne faut même pas hésiter à voir dans cette prescription une reconnaissance certaine des règles du droit romain, Toutefois la confirmation qu'on en tire pour les peines privées romaines n'est qu'apparente. Car l'essence de ces peines privées ne consistait pas seulement dans l'enrichissement de l'offensé, auquel on n'avait égard que secondairement, mais plutôt dans la faculté laissée à l'offensé, soit d'ob-

(*o*) Gruner, p. 54, p. 78-80 Cf. Système, t. 5, p. 250, 251 (p. 268, 269 trad.). — Nous devons rappeler encore une fois qu'il n'est toujours question ici que d'un délit simple, par ex. un *furtum manifestum* ou *nec manifestum* et non du concours de plusieurs délits (ou infractions publiques) dérivant d'un seul et même acte matériel, cas où plusieurs peines peuvent se trouver cumulées. Cf. § 83, *q*. Le doute et les controverses sur cette question compliquée ne sauraient exercer d'influence sur la décision de la question dont nous nous occupons et qui est beaucoup plus simple.

(*p*) Art. 157, 158.

tenir une peine publique ou privée, soit même d'assurer l'impunité à l'offenseur. Or, il n'y a pas trace de cette faculté dans les passages cités de la *Carolina*. Là, comme partout ailleurs, elle abandonne l'initiative à l'office du juge. Ajoutons enfin, comme un autre argument décisif, cette circonstance que les textes cités de la *Carolina*, ou bien n'ont jamais passé dans la pratique, ou bien ont depuis longtemps complétement cessé d'y être en vigueur (*q*).

Deuxième groupe. Action d'injure sous ses différentes formes.

Dans cette partie de notre recherche, nous avons l'avantage de ne rencontrer aucun doute sur l'état réel du droit. La peine privée romaine, tendant à obtenir une somme d'argent, est constamment restée en usage. Elle a même pris un développement d'autant plus grand qu'aujourd'hui l'offensé a le choix de réclamer ou de l'argent, ou des excuses, on une rétractation, ou une réparation d'honneur (*r*). Même une loi allemande de l'Empire a expressément reconnu les actions d'injures tendant à obtenir de l'argent, et une rétractation (*s*). Aussi cet état du droit pratique

(*q*) Meister, princ. j. crim. § 211. Heffter, Criminal Recht, § 499.

(*r*) Feuerbach, Peinliches Recht (Droit pénal), § 293, 294.

(*s*) Kammergerichts Ordnung

est-il admis même par les adversaires absolus des peines privées ; ils se bornent à le blâmer comme peu convenable (*t*). On peut même citer une raison intrinsèque, qui justifie pour ce délit des dispositions particulières. La nécessité de réprimer la vengeance privée, qui se fait de moins en moins sentir pour les autres délits, s'est, quant aux injures, non-seulement conservée, mais, en comparant notre état actuel à celui des Romains, augmentée, par suite de l'importante considération des duels qui sont la conséquence fréquente des injures (*u*).

Toutefois cette proposition semble au premier abord renfermer une inconséquence. Nous voyons les jurisconsultes romains traiter de la même façon les injures et le vol. Ces deux délits donnaient d'abord lieu à une simple peine privée, puis au choix entre une peine privée et une peine publique, de manière qu'à la fin la peine publique l'emporta (§ 83, *n*, *o*, *s*). Dès lors, il semble singulier qu'on applique aux injures et aux autres délits dont nous nous sommes occupés, des principes tout différents.

Mais il faut tout d'abord remarquer que la re-

(Ordonnance judiciaire de la chambre) de 1555, part. 2, tit. 28, § 4.

(*t*) Thomasius. C. 3 § 50, 56.

(*u*) Gonne, § 32.

cherche officielle et la punition des délits dont nous avons parlé en premier lieu étaient ordonnées dans la *Carolina*, et ont été maintenues dans les législations des Etats particuliers. Les injures, au contraire, ne figurent dans la *Carolina* qu'à propos d'une application isolée fort restreinte (*v*). La théorie et la pratique aussi bien que la législation ont proclamé, pour ce genre de délits, la règle que l'action pénale ne peut être mise en mouvement que par l'offensé, sans distinguer entre les peines publiques et les peines privées (*w*).

Spécialement en ce qui touche les peines publiques des injures, elles ne se rencontrent que dans les cas très-graves dont la détermination peut cependant avoir pour base des circonstances très-diverses (*x*).

Il faut encore tenir compte des différentes manières de concevoir l'idée d'injure, et comparer celle des Romains avec la législation et la jurisprudence de l'époque moderne. La conception romaine se rattache aux Douze Tables, qui comprenaient dans l'idée d'injure les lésions corporelles

(*v*) A savoir à propos des libelles, art. 110.

(*w*) Weber über Injurien, t. 2, p. 79 et s. Feuerbach, Peinliches Recht (Droit pénal), § 292. De même dans le code pénal prussien de 1851, § 100.

(*x*) Weber über Injurien, t. 2, p. 71 et s.

graves, comme l'enlèvement ou la rupture d'un membre (*y*). Cette décision, jointe à plusieurs autres applications isolées (*z*), démontre clairement que, d'après la manière dont les Romains avaient conçu l'idée d'injure, ils devaient y comprendre toute atteinte à la dignité et à l'indépendance de la personne, dont l'atteinte à l'honneur proprement dite ne forme qu'une application particulière, bien qu'elle soit la plus importante et la plus étendue. Dans l'époque actuelle, au contraire, c'est simplement l'idée d'atteinte à l'honneur qui a été admise et maintenue comme telle (*aa*).

Troisième groupe. Tous les autres délits. Nous ne rencontrons point, quant à ceux-ci, la raison décisive que nous avons fait valoir pour les cas du premier groupe contre l'application des peines privées. Ces délits forment, en effet, comme un domaine neutre, et nous pourrions les désigner par le mot d'actions pénales inoffensives; car leur peu d'importance permettrait tou-

(*y*) Gaius, Lib. 3, § 223.

(*z*) Par exemple dans la *L.* 13 § 7 *de injur.* (47, 10).

(*aa*) C'est en ce sens que les lois criminelles modernes séparent complétement la lésion corporelle des injures; il est vrai qu'une atteinte à l'honneur peut se transformer par l'effet de sévices matériels en une blessure grave; alors, se trouvent réunies dans un seul et même fait deux infractions parmi lesquelles l'atteinte à l'honneur ne passe qu'en seconde ligne et peut même être, dans le jugement, complétement absorbée par la lésion corporelle, considérée comme telle. Mais lorsqu'un voleur ou un brigand blesse sa victime pour assurer la consommation de son crime, il ne peut être question d'une injure, puisqu'une atteinte à l'honneur n'était nullement dans sa pensée.

jours de les appliquer sans déranger ni troubler, le moins du monde, l'état de notre droit pratique. La question de savoir si nous pouvons réellement les considérer comme restant en vigueur sera examinée tout à l'heure, après que préalablement nous en aurons mis à part un certain nombre qui ne sont certainement plus en vigueur, parce que les conditions de leur application ont disparu dans le droit actuel; je range dans cette classe les cas suivants :

1. *Actio de servo corrupto*. Dig. 11, 3. Nous n'avons plus d'esclaves, nous n'avons plus par suite l'action ainsi désignée; toutefois, quelques auteurs ont soutenu que l'*utilis actio* mentionnée par Paul doit être admise chez nous, et s'appliquer à la corruption des enfants en puissance paternelle. Mais dans cette action, il n'est plus question de payer le double de la valeur; et ce résultat n'étant pas admis, elle ne saurait par suite rentrer dans les actions pénales bilatérales (*bb*).

2. *Actio quod metus causa*, au quadruple (*cc*).

3. *Actio redhibitoria* au double de la valeur, si le vendeur ne restitue pas volontairement le prix de vente (*dd*).

(*bb*) *L*. 14 § 1 *de servo corr.* (11, 3), combinée avec la *L*. 1 *pr. eod.* Thomasius traite ce point en détail, p. 790 et s.

(*cc*) *L*. 14 § 1 *quod metus* (4, 2).

(*dd*) *L*. 45 *de ædil. ed.* (21, 1).

4. *Actio depositi* au double de la valeur, si le dépôt de la chose a eu lieu à l'occasion d'un malheur public (*ee*).

Ces trois dernières actions ne peuvent plus être admises, puisqu'elles n'entraînaient de peine que comme actions arbitraires, en cas de sommation du juge demeurée infructueuse. Or, dans le droit actuel, les actions arbitraires avec leurs conséquences propres ont disparu (*ff*).

5. Actions qui ne montent au double que si le défendeur nie de mauvaise foi le fait allégué par le demandeur (*gg*). Il y a là une institution particulière à la procédure romaine qui n'a jamais trouvé accès dans la procédure moderne.

5. *Actio de calumniatoribus* comportant une indemnité quadruple contre celui qui accepte de l'argent ou une valeur pécuniaire pour intenter ou abandonner une action civile ou criminelle, alors qu'il est convaincu que cette action est sans fondement (Dig. 3, 6). Cette action appartient, comme les actions pénales que nous venons de mentionner tout à l'heure, aux institutions de la procédure

(*ee*) *L.* 1 § 1 *depos.* (16, 3), § 17 *J. de act.* (4, 6).

(*ff*) Système, t. 5, § 223, 224.

(*gg*) § 26 *J. de act.* (4, 6), § 1 *J. de pœna tem. litig.* (4, 16). Cf. Gaius, lib. 4 § 9. — A cette classe appartiennent l'*actio L. Aquiliæ* et l'*actio depositi* dans le cas du texte déjà cité note *ee*. Cette dernière action est donc inapplicable chez nous comme action pénale, par deux raisons différentes indépendantes l'une de l'autre.

romaine étrangère à la nôtre, et qui avait pour but de réprimer l'abus déloyal des ressources juridiques. L'exactitude de cette idée résulte déjà de la place qu'occupe cette théorie dans le Digeste au milieu des règles de la procédure.

Si nous écartons comme n'étant certainement plus applicables les actions pénales que nous avons énumérées, il nous restera encore les cas suivants où la validité actuelle des peines privées pourrait fort bien être l'objet de doutes et de controverses.

I. *Actio L. Aquiliæ* contre celui qui a détruit ou endommagé la chose d'autrui; de ce délit peut résulter une réparation pénale artificielle, en ce que l'offensé a la faculté de calculer le dommage, non pas au temps du délit, mais à un moment qnelconque d'un laps de temps antérieur qui comprend la dernière année ou les derniers trente jours (suivant les différents cas), s'il trouve plus d'avantage à ce calcul artificiel (*hh*).

II. *Actio de effusis et dejectis* au double de la valeur, lorsqu'une personne, en répandant ou en

(*hh*) *L.* 2 *pr.*, *L.* 27 § 5 *ad L. Aquil.* (9, 2). — La peine privée du double de la valeur contre celui qui nie de mauvaise foi, doit être rejetée dans tous les cas (note *gg*). La peine qui est présentée ici comme possible est sans importance, puisque le hasard seul décidera si le calcul rétroactif artificiel amènera ou non une pénalité appréciable.

jetant quelque chose sur une voie publique, a endommagé la chose d'autrui (Dig. 9, 3).

III. Quand un legs est laissé aux églises ou aux établissements de bienfaisance, et que l'héritier ne l'acquitte pas volontairement, mais attend qu'on l'actionne, il doit payer, à titre de peine, le double de la valeur (*ii*).

IV. L'action en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude signalée du donataire envers le donateur (*kk*).

Dans ces cas, il ne faut pas hésiter à appliquer encore aujourd'hui les peines privées, et cela, par la seule raison que le dernier état du droit romain, que nous avons admis dans son ensemble, les reconnaît.

Il est bon à ce propos de faire la remarque suivante : il est certain que les actions pénales, dont nous parlons, fort peu considérables en elles-mêmes, n'étaient jamais présentées dans le droit

(*ii*) *L.* 46 § 7 *C. de episc.* (1, 3), § 19, 26 *J. de act.* (4, 6).

(*kk*) Système, t. 4, § 168, 169. On peut certainement considérer cette action en révocation comme une pure action pénale, mais ses termes offrent si peu d'analogie avec les autres actions pénales, qu'il est peut-être plus exact de la rattacher à d'autres principes, à savoir aux restrictions positives apportées aux donations. Il faudrait alors admettre en principe que, dans toute donation, serait tacitement sous-entendue la réserve que le donataire s'interdit toute ingratitude signalée, et que s'il manque à cet engagement, la donation sera annulée. D'après cette manière de voir, la révocation dont il s'agit serait indépendante de la controverse que nous agitons et devrait incontestablement être tenue pour valable dans notre droit actuel.

romain pour elles seules; ce droit n'y était amené et ne s'y arrêtait qu'en traitant des actions pénales fort importantes exposées plus haut, qui ne sont certainement plus en vigueur dans le droit actuel, et étaient déjà même tombées en désuétude chez les Romains (§ 83, *s*). Depuis lors, le lien qui rattachait ces actions les unes aux autres a été brisé, et les dernières n'ont plus eu d'existence pratique. Il est vrai que ce point de vue a une signification plus grande pour le législateur que pour le juge, que les doutes sur la convenance d'une règle de droit positif ne doivent point faire reculer devant l'application de la règle. — Mais le fait attesté de toutes parts que les actions pénales mentionnées en dernier lieu sont depuis longtemps inusitées dans la pratique actuelle (*ll*), tire de cette circonstance une importance nouvelle très-considérable. Leur non-usage paraît, en effet, par là non plus simplement accidentel, et pouvant s'expliquer par le simple défaut d'attention et des juges et des parties; mais il apparaît, au contraire, comme la suite de la notion juridique, bien

(*ll*) *L'a. L. Aquiliæ* est incontestablement la plus fréquente des actions citées en dernier lieu; c'est donc à propos d'elle qu'on devrait le plus facilement observer la valeur actuelle d'une indemnité pénale artificielle, mais précisément cette valeur est niée par les auteurs les plus autorisés : Struvii Syntagma ex. 14 § 25. Stryk, lib. 9, l. 2, § 2. P. Voët. ad Inst., t. 2, p. 374.

que peu développée peut-être dans les esprits en Allemagne, que ces actions, en ce qui concerne l'ensemble de notre état de droit positif, n'offrent rien qui puisse appuyer et justifier leur validité actuelle (*mm*).

Comme conclusion finale de l'étude à laquelle nous nous sommes livrés, nous devons donc établir la règle que les peines privées du droit romain, sauf l'unique exception de l'action d'injures, n'ont plus d'application dans le droit actuel; par suite la plus grande partie de la théorie romaine sur les obligations qui naissent des délits a perdu sa signification dans le droit actuel, et l'on pourrait douter qu'il soit opportun de placer dans la partie spéciale du droit des obligations les obligations qui naissent de délits, comme formant une seconde division principale, à côté des obligations isolées qui naissent de contrats.

Cependant nous ne pouvons laisser de côté l'étude de cette organisation des obligations. Même en ne tenant pas compte des principes fondamentaux qui exigent que l'opposition des contrats et des délits comme sources principales des obligations, soit

(*mm*) Cf. Système, t. 1, § 20, p. 93 et s. (p. 91 et s. trad.).

nettement établie (*nn*), il faut ajouter que, par ce moyen seul, on arrive à se faire une idée satisfaisante de l'ensemble du droit des obligations romain ; c'est la seule occasion qui se présente d'exposer les principes, en réservant et en renvoyant à la partie spéciale du droit des obligations l'exposition de la signification de ces principes dans le système du droit romain pour les obligations isolées ; c'est pourquoi cette étude était indispensable pour faire connaître dans lequel des trois groupes cités plus haut chaque obligation doit être rangée. Mais, de plus, l'étude des peines privées ne peut être complétement abandonnée dans le système du droit romain actuel, parce qu'elles sont mêlées de bien des manières à d'autres institutions de droit très-pratiques et très-importantes.

§ 85.

III. VARIÆ CAUSARUM FIGURÆ.

Dans la théorie de l'origine première des obligations, nous nous sommes occupés jusqu'ici des deux sources les plus importantes, à savoir, des contrats (§ 52-81), et des délits (§ 82-84). Nous

(*nn*) Cf. Pfordten, Abhandlungen (Dissertations), p. 306, 307.

avons encore une tâche à remplir : celle de ramener à un point de vue commun les autres causes d'obligation qui sont désignées, dans nos sources de droit, tantôt par cette dénomination générale seulement, tantôt par les noms particuliers de quasi-contrats et de quasi-délits, suivant qu'elles se rapprochent davantage de la nature des contrats ou de celle des délits (§ 51).

Il n'est cependant pas facile de présenter ce point de vue d'une manière très-générale; nous ne pouvons guère que nous reporter aux recherches précédemment faites.

Les sources dont il s'agit dérivent, soit d'actes volontaires de la part du débiteur, soit de faits étrangers à la volonté du débiteur et présentant par conséquent, quant à lui, un caractère accidentel.

Il faut voir dans les premiers des actes unilatéraux (pour les distinguer des contrats), et en même temps des actes permis (pour les distinguer des délits).

Les derniers dérivent également d'actes volontaires de la part du créancier, ou bien de faits qui présentent des deux côtés une nature accidentelle.

Mais dans tous les cas où un acte volontaire, qu'il émane du débiteur ou du créancier, est nécessaire pour donner naissance à ces obligations, on

doit maintenir les règles que nous avons déjà exposées en un autre endroit, comme condition de l'efficacité juridique des actes volontaires (*a*).

(*a*) Système, t. 3, § 106-112.

FIN DU TOME SECOND.

TABLE

DES MATIÈRES DU TOME SECOND.

CHAPITRE SECOND. SOURCE DES OBLIGATIONS.

I. Contrat.

II. Délit.

FIN DE LA TABLE DU TOME SECOND.


HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 057 480 584



